الجزء السادس

من

الإنصاف

تفضل بالأمر بطبعه وتوزيعه على نفقته

ابتغاء وجه الله، ورجاء المثوبة في دار كرامته

محيي آثار السلف الصالحين، المهتدي بهدي سيد المرسلين

صاحب الجلالة أمير المؤمنين

وإمام الموحدين ملك العلماء وعالم الملوك

الملك سعود بن عبد العزيز المعظم

أمتع الله بطول حياته المباركة

بسم الله الرحمن الرحيم

و به نستعين . ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم

باب الإجارة

فائدتان

إحداهما : في حدها . قال في الرعاية ، قلت : وتحريره « بذل عوض معلوم ، في منفعة معلومة من عين معينة ، أو موصوفة في الذمة ، أو في عمل معلوم » وتبعه في الوجيز .

قال الزركشي : وليس بمانع ، لدخول الممر وعلو بيت ، والمنافع المحرمة . انتهى يعني : إذا بيع الممر وعلو بيت . فإنهما منفعتان .

قلت : لو زيد فيه « مباحة مدة معلومة » لسلم .

الثانية : قيل : الإجارة واردة على خلاف القياس .

قال في الفروع : والأصح لا . لأن من لم يخصص العلة لا يتصور عنده مخالفة قياس صحيح . ومن خصصها : فإنما يكون الشيء خلاف القياس عنده إذا كان المعنى المقتضي للحكم موجوداً فيه و يتخلف الحكم عنه . انتهى .

قال في القواعد الأصولية ، في آخر القاعدة الثامنة والعشرين من الرخص : ما هو مباح ـ كالعرايا ، والمساقاة ، والمزارعة ، والإجارة ، والكتابة ، والشفعة ، وغير ذلك ، من العقود الثابتة المستقر حكمها ـ على خلاف القياس . هكذا يذكر أصحابنا وغيرهم .

وقال الشيخ تقي الدين : ليس شيء من العقود وغيرها الثابتة المستقر حكمها على خلاف القياس . وقرر ذلك بأحسن تقرير . و بينه بأحسن بيان .

تنبيه : قوله ﴿ تَنْعَقِدُ بِلَفْظِ الإِجَارَةِ وَالْكِرَاءِ وَمَا فِي مَعْنَاهُمَا ﴾ .

كالتمليك ونحوه ، يعني بقوله « ومافى معناهما » إذا أضافه إلى العين . وكذا إذا أضافه إلى النفع ، فى أصح الوجهين . قاله فى الفروع .

قال الزركشي : وتنعقد بلفظ الإجارة والكراء وما فى معناهما على الصحيح انتهى . وقيل : لاتنعقد .

قال فى الرعاية الكبرى : فإن آجر عينا مرئية أو موصوفة فى الذمة ، قال « أجرتكها ، أو أكريتكها ، أو ملكتك نفعها سنة بكذا » وإن قال « أجرتك أو أكريتك نفعها » فاحتمالان . انتهى .

قوله ﴿ وَفِي لَفْظِ الْبَيْعِ وَجْهَانِ ﴾ .

بأن يقول : بعتك نفعها . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والهادى ، والمغنى ، والمذهب الأحمد ، والتلخيص ، والبلغة ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والرعايتين ، والحاوى الصغير والفروع ، والفائق ، والزركشي ، والقواعد الفقهية ، والطوفى فى شرح الخرقى .

قال فى التلخيص . والفائق : وأما لفظ البيع : فإن أضافه إلى الدار لم يصح . وإن أضافه إلى المنفعة فوجهان . انتهيا .

أحدهما : يصح . اختاره ابن عبدوس فى تذكرته ، والشيخ تقى الدين رحمه الله فقال فى قاعدة له فى تقرير القياس — بعد إطلاق الوجهين — والتحقيق : أن المتعاقدين إن عرفا المقصود انعقدت بأى لفظ كان من الألفاظ التى عَرَفَ به المتعاقدان مقصودهما . وهذا عام فى جميع العقود . فإن الشارع لم يحدّ حدًّا لألفاظ العقود ، بل ذكرها مطلقة . انتهى .

وكذا قال ابن القيم رحمه الله فى أعلام الموقعين .

قال فى إدراك الغاية : لاتصح بلفظ البيع فى وجه . وقدمه ابن رزين فى شرحه

والوجه الثاني : لايصح . صححه فى التصحيح ، والنظم .

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله — بعد ذكر الوجهين — بناء على أن هذه المعاوضة نوع من البيع ، أو شبيهة به .

فوائد

إحداها : قوله ﴿ أَحَدُهَا : مَعْرِفَةُ الْمَنْفَعَةِ ، إِمَّا بِالْعُرْفِ ، كَسُكْنَى الدَّارِ شَهْرًا ﴾ .

وهذا بلا نزاع . لكن لو استأجرها للسكنى لم يعمل فيها حدادة . ولا قصارة . ولا يُسكنها دابة . والصحيح من المذهب : أنه لايجعلها مخزنا للطعام .

قال فى الفروع : هذا الأشهر . وقيل : له ذلك .

وقيل للإمام أحمد رحمه الله : يجيئه زوار ، عليه أن يخبر صاحب البيت ؟ قال : ربما كثروا ، وأرى أن يخبره .

وقال أيضاً : إذا كان يجيئه الفرد ، ليس عليه أن يخبره .

وقال الأصحاب : له إسكان ضيف وزائر .

واختار فى الرعاية يجب ذكر السكنى ، وصفتها ، وعدد من يسكنها وصفتهم إن اختلفت الأجرة .

الثانية : قوله ﴿ وَخِدْمَةُ الْعَبْدِ سَنَةً ﴾ .

فتصح بلا نزاع . لكن تكون الخدمة عرفاً ، على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

قلت : وهو الصواب .

وقال فى النوادر ، والرعاية : يخدم ليلا ونهاراً . انتهيا .

وأما إن استأجره للعمل . فإنه يستحقه ليلا .

الثالثة: قوله ﴿ وَإِمَّا بِالْوَصْفِ ، كَحَمْلِ زُبْرَةِ حَدِيدٍ وَزْنُهَا كَذَا إِلَى مَوْضِعٍ مُعَيَّنٍ ﴾ .

وهذا بلا نزاع . لكن لو استأجره لحمل كتاب لحمله ، فوجد المحمول إليه غائباً فله الأجرة لذهابه ورده أيضاً . على الصحيح من المذهب . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والفائق ، وغيرهم . وصححه فى النظم ، وغيره . وقدمه فى الفروع وغيره .

وقال فى الرعاية ــ وهو ظاهر الترغيب ــ إن وجده ميتاً : فله المسمى فقط ويرده .

وقال فى التلخيص : وإن وجده ميتاً استحق الأجرة ، ومايصنع بالكتاب ؟

وقال الشيخ أبو حكيم ــ شيخ السامرى ــ الصحيح : أنه لايلزمه رد الكتاب إلى المستأجر . لأنه أمانة . فوجب رده . انتهى .

لكن الذى يظهر : أن لفظة «لا» فى قوله «لا يلزمه» زائدة . بدليل تعليله

نقل حرب : إن استأجر دابة ، أو وكيلا ليحمل له شيئا من الكوفة ، فلما وصلها لم يبعث وكيله بما أراد ، فله الأجرة من هنا إلى ثَمَّ .

قال أبو بكر : هذا جواب على أحد القولين . والقول الآخر : له الأجرة فى ذهابه ومجيئه . فإذا جاء والوقت لم يبلغه . فالأجرة له ، ويستخدمه بقية المدة .

الرابعة: قوله ﴿ وَبِنَاءِ حَائِطٍ ، يَذْكُرُ طُولَهُ وَعَرْضَهُ وَسُمْكَهُ وَآلَتَهُ ﴾

فيصح بلا نزاع .

لكن لو استأجره لحفر بئر طوله عشرة ، وعرضه عشرة ، وعمقه عشرة ، فحفر طول خمسة فى عرض خمسة فى عمق خمسة . فاضرب عشرة فى عشرة. فما بلغ فاضر به فى عشرة تبلغ ألفا ، واضرب خمسة فى خمسة فما بلغ فاضر به فى خمسة يبلغ مائة وخمساً وعشرين . وذلك ثمن الألف ، فله ثمن الأجرة ، إن وجب له شىء . قاله فى الرعاية . وهو واضح . وهو من التمرين .

قوله ﴿ وَإِجَارَةُ أَرْضٍ مُعَيَّنَةٍ لِزَرْعِ كَذَا ، أَوْ غَرْسِ كَذَا ، أَوْ بِنَاءٍ مَعْلُومٍ ﴾ .

اشترط المصنف هنا لصحة إجارة الأرض للزرع أو الغرس أو البناء : معرفة مايزرعه ، أو يغرسه ، أو يبنيه .

وكذا قال فى الهداية ، والمذهب ، والنظم ، وغيرهم .

فمفهوم كلامهم : أنه لو استأجر لزرع ماشاء أو غرس ماشاء أو لزرع وغرس ما شاء : أنه لايصح . وهو أحد الوجهين . وظاهر ما جزم به فى الفائق ، وجزم به فى الشرح .

والوجه الثانى : يصح . وهو الصحيح من المذهب . وجزم به فى التلخيص .

قال فى الفروع ، عن ذلك : صح فى الأصح . كزرع ما شئت ، أى كقوله « أجرتك لتزرع ماشئت » بلا نزاع .

ومفهوم كلامهم أيضاً : أنه لو قال «للزرع أو للغرس » وسكت : أنه لايصح وهو أحد الوجهين .

والوجه الآخر : يصح . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، ونصراه .

قال فى الرعاية الكبرى : وإن اكترى لزرع ، وأطلق : زرع ماشاء . وجزم به ابن رزين فى شرحه ، وأطلقهما فى الفروع .

ومفهوم كلامهم : أنه لو أجره الأرض وأطلق ، وهى تصلح للزرع وغيره : أنه لا يصح . وهو أحد الوجهين أيضاً .

قال فى التلخيص : ولو أجره الأرض سنة ، ولم يذكر المنفعة من زرع أوغيره ، مع تهيئها للجميع : لم يصح ، للجهالة .

والوجه الآخر : يصح . وهو الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع ، عن ذلك : صح فى الأصح .

قال فى الرعاية : صح فى الأقيس .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : يعم إن أطلق .

وإن قال : انتفع بها بما شئت : فله زرع وغرس و بناء .

و يأتى بعض ذلك وغيره . عند قوله « وله أن يستوفى المنفعة وما دونها » .

فائدة : قوله ﴿ وَإِنِ اسْتَأْجَرَ لِلرُّكُوبِ : ذَكَرَ الْمَرْكُوبَ : فَرَسًا ، أَوْ بَعِيرًا أَوْ نَحْوِهِ ﴾ .

بلا نزاع . ويذكر أيضاً : مايركب به من سرج وغيره .

ويذكر أيضاً كيفية سيره : من هِمْلاج وغيره . على الصحيح من المذهب . جزم به فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن رزين ، والفائق ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

قال فى الرعاية : ويجب ذكر سيرها فى الأصح .

وقدم فى الترغيب : أنه لا يشترط معرفة كيفية سيره .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف : أنه لا يشترط ذكر أنوثة الدابة ، ولا ذكورتها وهو أحد الوجهين . وهو المذهب .

قدمه فى الكافى ، والمغنى ، والشرح ، والفائق .

والوجه الثانى : يشترط . اختاره القاضى فى الخصال ، وابن عقيل فى الفصول . واقتصر عليه فى المستوعب . وقدمه ابن رزين فى شرحه . وأطلقهما فى الرعاية الكبرى ، والفروع .

وظاهر كلام المصنف : أنه لا يشترط ذكر نوعه . وهو الصحيح . وقدمه فى الفروع .

وفى الموجز : يشترط ذكر ذلك . وقدمه فى المغنى ، والشرح . وجزم به ابن رزين فى شرحه .

قال فى الرعاية الصغرى : قلت : بل يجب ذكر جنسه ونوعه فى المركوب والحمل .

وجزم به القاضى فى الخصال . وتبعه فى المستوعب ، وابن عقيل فى الفصول .

وقال المصنف : متى كان الكراء إلى مكة . فالصحيح : أنه لا يحتاج إلى ذكر الجنس ولا النوع . لأن العادة أن الذى يحمل عليه فى طريق مكة الجمال العِراب دون البخاتى .

فائدة : لابد من معرفة الراكب : إما برؤية أو صفة . على الصحيح من المذهب كالمبيع . ذكره الخرقى ، وغيره . وجزم به فى المنور ، وتجريد العناية ، وصححه فى تصحيح المحرر . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والفائق ، والزركشى .

وقال الشريف ، وأبو الخطاب : لا يجزىء فيه إلا الرؤية . فلا تكفى الصفة من غير رؤية . وقدمه فى الرعاية الكبرى .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب . وصححه فى النظم . وأطلقهما فى المحرر ، والرعاية الصغرى .

ويشترط معرفة توابع الراكب العرفية : كالزاد ، والأثاث ، من الأغطية ، والأوطئة : إما برؤية ، أو صفة ، أو وزن ، على الصحيح من المذهب .

وجزم به فى المغنى ، والشرح ، وتجريد العناية ، والمنور . وقدمه فى الفروع ، والرعاية الكبرى .

وقيل : لابد من الرؤية . فلا تكفى الصفة . وأطلقهما فى المحرر .

وقيل : لا يشترط ذكر ذلك مطلقاً . ذكره فى الرعاية وغيرها .

وقال القاضى : لا يشترط معرفة غطاء المحمل . بل يجوز إطلاقه . لأنه لا يختلف اختلافاً كثيراً متبايناً .

وقال فى الرعاية الكبرى : ويشترط معرفة المحمل برؤية أو وصف .

وقيل : أو بوزنه .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ لِلْحَمْلِ لَمْ يَحْتَجِ إِلَى ذِكْرِهِ ﴾ .

اعلم أنه إذا استأجر للحمل ، فلايخلو : إما أن يكون المحمول تضره كثرة الحركة أولا . فإن كان لا تضره كثرة الحركة : لم يحتج إلى ذكر ماتقدم . على الصحيح من المذهب . جزم به فى المغنى ، والتلخيص ، والشرح ، والنظم ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وقيل : يحتاج إلى ذكره .

وإن كان يضره كثرة الحركة ـ كالزجاج ، والخزف ، والتفاح ، ونحوه ـ اشترط معرفة حامله . على الصحيح من المذهب . قطع به ابن عقيل فى التذكرة ، والمصنف فى المغنى ، والشارح ، وصاحب التلخيص ، والنظم ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وقيل : لا يحتاج إلى ذكره . وهو ظاهر كلام المصنف هنا .

قال فى الفروع : ويتوجه مثله مايدير دولاباً ورحًى . واعتبره فى التبصرة .

فائدة : يشترط معرفة المتاع المحمول برؤية أو صفة ، وذكر جنسه وقدره بالكيل ، أو بالوزن . على الصحيح من المذهب . قدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع .

واكتفى ابن عقيل ، وصاحب الترغيب ، وغيرهما بذكر وزن المحمول ، وإن لم يعرف عينه . وتقدم كلامه فى الرعاية فى المحمل .

فائدة : يشترط معرفة أرض الحرث . جزم به فى الفروع وغيره من الأصحاب .

قوله ﴿ الثَّانِى : مَعْرِفَةُ الأُجْرَةِ بِماَ يَحْصُلُ بِهِ مَعْرِفَةُ الثَّمَنِ ﴾ .

هذا المذهب فى الجملة . إلا ما استثنى من الأجير ، والظئر ، ونحوهما . وعليه الأصحاب . وقطع به كثير منهم . وقدمه فى الفروع وغيره .

قال فى الرعايتين ، والفروع ، والحاوى ، وغيرهم : يشترط معرفة الأجرة . فإن كانت فى الذمة : فكثمن ، والمعينة : كمبيع .

وعنه : تصح إجارة الدابة بعلفها .

وتأتى هذه الرواية . ومن اختارها بعد أحكام الظئر .

فائدتان

إحداهما : لو جعل الأجرة صُبرة دراهم أو غيرها : صحت الإجارة . على الصحيح من المذهب . صححه فى النظم وغيره . كما يصح البيع بها على الصحيح . كما تقدم .

وفيه وجه آخر : لا تصح .

وأطلقهما الزركشى . وهو كالبيع . قاله فى الفروع ، وغيره . وصحح الصحة فى البيع . فكذا هنا . وأطلقهما فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

الفائدة الثانية : قال فى التلخيص ، والرعاية : وإن استأجر فى الذمة ظهراً يركبه ، أو يحمل عليه إلى مكة بلفظ « السلم » اشترط قبض الأجرة فى المجلس ، وتأجيل السفر مدة معينة .

زاد فى الرعاية : وإن كان بلفظ « الإجارة » جاز التفرق قبل القبض ، وهل يجوز تأخيره ؟ يحتمل وجهين . انتهى .

تنبيه : تقدم فى أول باب المساقاة : هل تجوز إجارة الأرض بجنس ما يخرج منها ، أو بغيره ؟ فليعاود .

وتقدم أيضاً ، فى أثناء المضاربة : لو أخذ ماشية ليقوم عليها بجزء من درها ونسلها وصوفها ، و بعض مسائل تتعلق بذلك .

قوله ﴿ إِلاَّ أَنَّهُ يَصِحّ أَنْ يَسْتَأْجِرَ الأَجِيرَ بِطَعَامِهِ وَكُسْوَتِهِ ، وَكَذَلِكَ الظِّئْرُ ﴾ .

وهذا المذهب مطلقاً . وعليه جماهير الأصحاب .

قال فى القواعد : من الأصحاب من لم يحك فيه خلافاً .

قال الزركشى : هـذا المشهور من الروايتين . واختيار القاضى فى التعليق وجماعة .

قال الطوفى فى شرح الخرقى : هذا ظاهر المذهب .

قال فى القواعد : هذا أصح . ونصره المصنف ، والشارح ، وابن رزين وغيرهم . وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى المحرر ، والفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والتلخيص ، والنظم ، والفائق .

وعنه : لا تصح فيهما حتى يصف الطعام والكسوة .

وعنه : لا يصح فى الأجير ، ويصح فى الظئر . اختاره القاضى فى بعض كتبه.

قال الزركشى : أظنه فى المجرد .

وقدم فى التلخيص : الصحة فى الظئر . وأطلق فى الأجير : الروايتين .

قال فى الرعاية الكبرى : فإن قدر للظئر حالة الإجارة ، وإلا فلها الوسط .

فعلى المذهب : لو تنازعا فى قدر الطعام والكسوة : رجع فيهما إلى العرف ، على الصحيح من المذهب . فيكون لها طعام مثلها أو مثله ، وكسوة مثلها أو مثله ، كالزوجة مع زوجها . نص عليه . وجزم به فى التلخيص . وجزم بمثله فى المحرر فى المضارب . وقدمه فى الفروع .

وعنه : كالمسكين فى الكفارة فى الطعام والكسوة . وقدمه الطوفى فى شرحه . وزاد : أو يرجع إلى كسوة الزوجات . وأطلقهما الزركشى .

وقيل : يرجع فى الإطعام إلى إطعام المسكين فى الكفارة ، وفى الملبوس

إلى أقل ملبوس مثلها . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفائق . وجزم به فى الرعاية الـكبرى .

قال الزركشى : وهو تحكم .

قال فى الرعاية الصغرى : وله الوسط مع النزاع . كإطعام الـكفارة .

وهذا القول نظير ما قطع به المصنف وغيره فى نفقة المضارب مع التنازع .

قوله ﴿ وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُعْطِيَ عِنْدَ الفِطَامِ عَبْدًا أَوْ وَلِيدَةً ، إِذَا كَانَ المسْتَرْضِعُ مُوسِرًا ﴾ .

هـذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله: ولعل هذا فى المتبرعة بالرضاع . انتهى . وقال أبو بكر : يجب

فوائد

منها : قال فى الرعاية ، والنظم وغيرهما : لو كانت المرضعة أمة . استحب إعتاقها .

ومنها : لو استؤجرت للرضاع والحضانة معاً . فلا إشكال فى ذلك .

و إن استؤجرت للرضاع ، وأطلق : فهل تلزمها الحضـانة ؟ فيه وجهان . ذكرهما القاضى ومن بعده ، وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والتلخيص ، والفروع ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق .

أحدهما : يلزمها الحضانة أيضاً . وقدمه فى الرعاية الـكبرى أيضاً فى الفصل الأربعين من هذا الباب .

والوجه الثانى : لا يلزمها سوى الرضاع . قدمه ابن رزين فى شرحه .

وقيل : الحضانة تتبع الرضاع ، للعرف .

قلت : وهو الصواب .

وقيل : عكسه . ذكره فى الفروع .

يعنى : أن الرضاع يتبع الحضانة للعرف فى ذلك . ولم أفهم معناه على الحقيقة .

فعلى الوجه الثانى : ليس على المرضعة إلا وضع حلمة الثدى فى فم الطفل وحمله ، ووضعه فى حجرها . وباقى الأعمال فى تعهده : على الحاضنة ، ودخول اللبن تبعاً . كنقع البئر ، على ما يأتى .

قال ابن القيم رحمه الله — فى الهدى : عن هذا القول — الله يعلم ، والعقلاء قاطبة : أن الأمر ليس كذلك — وأن وضع الطفل فى حجرها ليس مقصوداً أصلا ولا ورد عليه عقد الإجارة ، لا عرفاً ولا حقيقة ، ولا شرعاً . ولو أرضعت الطفل وهو فى حجر غيرها أو فى مهده ، لاستحقت الأجرة . ولو كان المقصود إلقام الثدى المجرد لاستؤجر له كل امرأة لها ثدى ، ولو لم يكن لها ابن . فهذا هو القياس الفاسد حقاً والفقه البارد . انتهى .

وإن استؤجرت للحضانة ، وأطلق : لم يلزمها الرضاع ، على الصحيح من المذهب .

قال فى التلخيص : لم يلزمها وجهاً واحداً .

وقيل : يلزمها . وقدمه فى الرعاية الكبرى فى الفصل الأربعين . وأطلقهما فى الفروع ، والرعاية الكبرى فى موضع .

ومنها : المعقود عليه فى الرضاع : خدمة الصبى ، وحمله ، ووضع الثدى فى فمه على الصحيح من المذهب . وأما اللبن : فيدخل تبعاً .

قال فى الرعاية : العقد وقع على المرضعة ، واللبن تبع ، يستحق إبلاغه بالرضاع . وقدمه فى الشرح .

قال فى الفصول ، الصحيح : أن العقد وقع على المنفعة . ويكون اللبن تبعاً .

قال القاضى فى الخصال : لبن المرضعة يدخل فى عقد الإجارة ، وإن كان يهلك بالانتفاع . لأنه يدخل على طريق التبع .

قلت : وكذا قال المصنف وغيره فى هذا الباب ، حيث قالوا : يشترط أن تكون الإجارة على نفع . فلا تصح إجارة حيوان ليأخذ لبنه إلا فى الظئر ونفع البئر يدخل تبعاً . وقاله فى الفروع وغيره من الأصحاب ، على أحد الاحتمالين فى كلام المصنف على ما يأتى .

وقيل : العقد وقع على اللبن .

قال القاضى : وهو الأشبه .

قال ابن رزين فى شرحه : وهو الأصح لقوله تعالى (٦٥ : ٦ فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) انتهى .

قال ابن القيم فى الهدى : والمقصود إنما هو اللبن .

وتقدم كلامه لمن قال : العقد وقع على وضعها الطفل فى حجرها و إلقامه ثديها واللبن يدخل تبعاً .

قال الناظم :

وفى الأجود المقصود بالعقد دَرها والإرضاع ، لا حضن ومبدأ مقصد

وأطلق الوجهين فى المغنى ، والفروع ، والفائق .

ومنها : لو وقعت الإجارة على الحضانة والرضاع ، وانقطع اللبن : بطل العقد فى الرضاع . وفى بطلانه فى الحضانة وجهان . وأطلقهما فى الرعاية الكبرى .

قلت : الأولى : البطلان . لأنها فى الغالب تبع . و إذا لم تلزمها الحضانة . وانقطع لبنها : ثبت الفسخ . و إن قلنا : تلزمها الحضانة ، لم يثبت الفسخ ، على الصحيح .

قال فى الرعاية : لم يثبت الفسخ فى الأصح . فيسقط من الأجرة بقسطه .

وقيل : يثبت الفسخ . وأطلقهما فى التلخيص ، والفائق .

ومنها : يجب على المرضعة أن تأكل وتشرب مايَدِر به لبنها ، و يصلح به . وللمكترى مطالبتها بذلك .

ولو سقته لبناً ، أو أطعمته : فلا أجرة لها . وإن أرضعته خادمها : فكذلك قطع به فى المغنى ، والشرح .

ومنها : لا تشترط رؤية المرتضع ، بل تكفى صفته . جزم به فى الرعايتين ، والفائق .

قلت : وهو الصواب .

وقيل : تشترط رؤيته . قدمه فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن رزين . وجزم به فى المذهب . وهو المذهب . على ما اصطلحناه . وأطلقهما فى الفروع .

ومنها : يشترط معرفة مدة الرضاع ومكانه : هل هو عند المرضعة ، أو عند أبويه ؟ قطع به المصنف ، والشارح ، وصاحب الفروع ، والنظم ، وغيرهم .

ويأتى : هل تبطل الإجارة بموت المرضعة ؟ عند قوله « وتنفسخ الإجارة بتلف العين المعقود عليها » .

ومنها : رخص الإمام أحمد ــ رضى الله عنه ــ فى مسلمة ترضع طفلا لنصارى بأجرة ، لا لمجوسى . وقدمه فى الفروع .

وسوى أبو بكر وغيره بينهما لاستواء البيع والإجارة .

فائدة : لا يصح أن تستأجر الدابة بعلفها ، على الصحيح من المذهب . اختاره المصنف ، والشارح ، وغيرهما . وقدمه فى الفروع .

وعنه : يصح . اختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله . وجزم به القاضى فى التعليق وقدمه فى الفائق ، وقال : نص عليه فى رواية الكحال .

وقال فى القاعدة الثانية والسبعين : فى استئجار غير الظئر من الأجر بالطعام والكسوة روايتان . أصحهما : الجواز ، كالظئر . انتهى .

قوله ﴿ وَإِنْ دَفَعَ ثَوْبَهُ إِلَى قَصَّارٍ أَوْ خَيَّاطٍ لِيَعْمَلاَهُ وَلَهُمَا عَادَةٌ بِأُجْرَةٍ صَحَّ . وَلَهُمَا ذَلِكَ . وَإِنْ لَمْ يَعْقِدَا عَقْدَ إِجَارَةٍ . وَكَذَلِكَ دُخُولُ الْحَمَّامِ وَالرُّكُوبُ فِي سَفِينَةِ الْمَلاَّحِ ﴾ .

قال فى الفروع : وكذا لو استعمل حمالا ، أو شاهداً ونحوه .

قال فى القواعد : وكالمكارى ، والحجام ، والدلال ونحوهم .

اشترط المصنف لذلك : أن يكون له عادة بأخذ الأجرة . وهو أحد الأقوال كتعر يضه بها .

اختاره المصنف ، والشارح . وقطع به فى المحرر . وهو ظاهر ما قطع به فى التعليق ، والفصول ، والمبهج ، وقواعد ابن رجب ، والمحرر ، والنظم .

قال فى التلخيص : إذا كان مثله يعمل بأجرة .

قال فى الوجيز : وإن دخل حماما ، أو سفينة ، أو أعطى ثو به قصاراً أو خياطاً بلا عقد : صح بأجرة العادة . انتهى .

والصحيح من المذهب : أن له الأجرة مطلقاً . وعليه جماهير الأصحاب . وهو ظاهر ماقطع به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة والتلخيص ، والحاوى الصغير ، وغيرهم . وصرح به الناظم . وقدمه فى الرعايتين ، والفروع ، والفائق .

وقيل : لا أجرة له مطلقاً .

وحيث قلنا : له الأجرة ، فتكون أجرة المثل . لأنه لم يعقد معه عقد إجارة .

فائدة : قال فى التلخيص : ليس على الحمامى ضمان الثياب ، إلا أن يستحفظه إياها صريحاً بالقول .

وقال أيضاً : وما يعطاه الحمامى فهو أجرة المكان والسطل والمئزر ، لا ثمن الماء . فإنه يدخل تبعاً . انتهى .

وقال فى الفروع ، فى باب القطع فى السرقة : وإن فرط فى حفظ ثياب فى حمام ، وأعدال ، وغزل فى سوق أو خان ، وما كان مشتركا فى الدخول إليه بحافظ فنام أو اشتغل : ضمن .

وقال فى الترغيب : يضمن إن استحفظه ر به صريحا ، كما قال فى التلخيص .

قوله ﴿ وَيَجُوزُ إجَارَةَ الْحُلِيِّ بِأُجْرَةٍ مِنْ جِنْسِهِ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه في رواية عبد الله . وجزم به في الوجيز . وقدمه في المغنى ، والشرح ، والنظم ، والفائق .

قال ابن منجا في شرحه : هذا المذهب .

وقال جماعة من الأصحاب : يجوز ، ويكره ، منهم : القاضي

وقيل : لا يصح . وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله . اختاره ابن عبدوس في تذكرته .

وقدمه في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

وأما إذا كانت الأجرة من غير جنسه : فيصح قولاً واحداً .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : إِنْ خِطْتَ هَذَا الثَّوْبَ الْيَوْمَ فَلَكَ دِرْهَمٌ . وَإِنْ خِطْتَهُ غَدًا فَلَكَ نِصْفُ دِرْهَمٍ . فَهَلْ يَصِحّ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والفائق ، وشرح ابن منجا ، والحاوى الصغير .

إحداهما : لا يصح . وهو المذهب .

قال في التلخيص : والصحيح المنع .

قال في النظم ، الأولى : أنه لا يصح . وصححه في التصحيح . وجزم به في الوجيز . وقدمه في المحرر ، والفروع .

والرواية الثانية : يصح . وقدمه في الرعايتين .

تنبيه : قدم في الرعاية ، والحاوى الصغير : أن الخلاف وجهين .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : إِنْ خِطْتَهُ رُومِيًّا فَلَكَ دِرْهَمٌ . وَإِنْ خِطْتَهُ فَارِسِيًّا فَلَكَ نِصْفُ دِرْهَمٍ : فَعَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وهما روايتان . وأطلقهما فى المستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والفائق ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير .

قال فى الهداية ، والمذهب : فيه وجهان ، بناء على المسألة التى قبلها ، وهى « إن خطته اليوم فبكذا ، و إن خطته غداً فبكذا » .

أحدهما : لا يصح . وهو المذهب .

قال فى التلخيص : والصحيح المنع . وصححه فى التصحيح ، والنظم . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى المحرر ، والفروع .

والوجه الثانى : يصح . قدمه فى الرعاية الكبرى .

فائدة : قال فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعاية ، والفائق ، وغيرهم : والوجهان فى قوله « إن فتحت خياطاً فبكذا ، و إن فتحت حداداً فبكذا » .

قال فى الفائق : ولو قال : ما حملت من هذه الصبرة فكل قفيز بدرهم : لم يصح . قاله القاضى . و يحتمل عكسه . ذكره الشيخ — يعنى به المصنف — ثم قال : قلت : وتخرج الصحة من بيعه منها .

وفيه وجهان . و يشهد له ما سبق من النص . انتهى .

و إن قال : إن زرعتها قمحاً فبخمسة ، و إن زرعتها ذرة فبعشرة : لم يصح . قدمه فى الرعاية الكبرى . وصححه فى الصغرى ، والنظم .

وعنه : يصح . وأطلقهما فى الحاوى الصغير .

قوله ﴿ وَإِنْ أَكْرَاهُ دَابَّةً ، وَقَالَ : إِنْ رَدَدْتَهَا الْيَوْمَ فَكِرَاؤُهَا خَمْسَةٌ وَإِنْ رَدَدْتَهَا غَدًا فَكِرَاؤُهَا عَشَرَةٌ . فَقَالَ أَحْمَدُ — فى رواية عَبْدِ اللهِ — لاَ بَأْسَ بِهِ ﴾ .

قال فى الفائق : صح فى أصح الروايتين . وجزم به فى الوجيز ، والمذهب . وقدمه فى الرعايتين ، والخلاصة ، والحاوى الصغير ، والنظم .

وقال القاضى : يصح فى اليوم الأول .

وقال المصنف ، والشارح : والظاهر عن الإمام أحمد رضى الله عنه فيما ذكرنا فساد العقد ، على بيعتين فى بيعة ، وقياس حديث علي والأنصارى صحته .

وصحح الناظم فساد العقد .

قوله ﴿ وَإِنْ أَكْرَاهُ دَابَّةً عَشَرَةَ أَيَّامٍ بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ ، وَمَا زَادَ فَلَهُ بِكُلِّ يَوْمٍ دِرْهَمٌ ، فَقَالَ أَحْمَدُ ـ فى رواية أبى الحارث ـ هُوَ جَائِزٌ ﴾ .

وهو الصحيح من المذهب . نصره المصنف ، والشارح . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الرعايتين ، والخلاصة ، والنظم ، والحاوى الصغير ، والفائق .

وَقَالَ القَاضِى : يَصِحُّ فِى العَشَرَةِ وَحْدَهَا .

وتأول نصوص الإمام أحمد رحمه الله على أن قوله : لا بأس . وجائز فى الأول ، و يبطل فى الثانى .

قال المصنف : والظاهر عن الإمام أحمد رحمه الله خلاف ذلك .

قال فى الهداية : الظاهر أن قول القاضى رجع إلى ما فيه الإشكال .

قال فى المستوعب : وعندى أن حكم هذه المسألة حكم ما إذا أجره عيناً كل شهر بكذا . انتهى . وهى الآتية قريباً .

قوله ﴿ وَنَصَّ أَحْمَدُ عَلَى أَنَّه لاَ يَجُوزُ أَنْ يَكْتَرِىَ لِمُدَّةِ غَزَاتِه . وَإِنْ سَمَّى لِكُلِّ يَوْمٍ شَيْئًا مَعْلُومًا : فَجَائِزٌ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . وقطع به أكثرهم . وقدمه فى الفروع .

وقال فى المحرر ، والفائق وغيرهما : و يتخرج المنع . وهو رواية فى الفروع .

قوله ﴿ وَإِنْ أَكْرَاهُ كُلَّ شَهْرٍ بِدِرْهَمٍ ، أَوْ كُلَّ دَلْوٍ بِتَمْرَةٍ فَالْمَنْصُوصُ فى رواية ابن منصور : أَنَّهُ يَصِحُّ ﴾ .

وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

قال الزركشى : وهو المنصوص عن الإمام أحمد ، واختيار القاضى ، وعامة أصحابه ، والشيخين . انتهى .

قال الناظم : يجوز فى الأولى . وجزم به الخرقى ، وصاحب الوجيز . وصححه فى تصحيح المحرر . وقدمه فى الرعاية الكبرى ، والفائق ، والكافى ، وشرح ابن رزين

وقال أبو بكر ، وابن حامد : لا يصح . واختاره ابن عقيل .

قال فى الكافى : وقال أبو بكر ، وجماعة من أصحابنا بالبطلان . وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله .

قال الشارح : والقياس يقتضى عدم الصحة . لأن العقد تناول جميع الأشهر وذلك مجهول . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والمحرر ، والفروع .

وقيل : يصح فى العقد الأول لا غير .

قوله ﴿ وَكُلَّمَا دَخَلَ شَهْرٌ لَزِمَهُمَا حُكْمُ الإِجَارَةِ ﴾ .

هذا تفريع على الذى قدمه . وهو المذهب .

قال المصنف ، والشارح ، والناظم ، وصاحب الفائق وغيرهم : يلزم الأول بالعقد ، وسائرها بالتلبس به .

تنبيه : ظاهر قوله ﴿ وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الفَسْخُ عِنْدَ تَقَضِّى كُلِّ شَهْرٍ ﴾ .

أن الفسخ يكون قبل دخول الشهر الثانى . وهو اختيار أبى الخطاب ، والمصنف ، والشارح ، والشيخ تقى الدين رحمه الله . وهو مقتضى كلام الخرقى ، وابن عقيل فى التذكرة ، وصاحب الفائق . وجزم به فى الوجيز . وصرح به ابن

الزاغونى . فقال : يلزم بقية الشهور إذا شرع فى أول الجزء من ذلك الشهر. انتهى

فعلى هذا : لو أراد الفسخ يقول : فسخت الإجارة فى الشهر المستقبل ونحو ذلك .

والصحيح من المذهب : أن الفسخ لا يكون إلا بعد فراغ الشهر . اختاره القاضى . وجزم به فى المحرر ، والنظم ، والمنور . وقدمه فى الفروع .

وقال المصنف أيضاً : له الفسخ بعد دخول الشهر الثانى ، وقبله أيضاً .

وقال أيضاً : ترك التلبس به فسخ . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والفائق .

وقال فى الروضه : إن لم يفسخ حتى دخل الثانى . فهل له الفسخ ؟ فيه روايتان . انتهى .

فعلى المذهب : يكون الفسخ فى أول كل شهر فى الحال ، على الصحيح .

قال فى الفروع : يفسخ بعد دخول الثانى . وقدمه فى النظم .

وقال القاضى ، والمجد فى محرره : له الفسخ إلى تمام يوم .

قال فى الرعاية الكبرى : إلا أن يفسخها أحدهما فى أول يوم منه .

وقيل : أو يومين . وقيل : بل أول ليلة منه . وقيل : عند فراغ ما قبله .

وقلت : أو يقول : إذا مضى هذا الشهر فقد فسختها . انتهى .

فائدتان

إحداهما : لو أجره شهراً لم يصح ، على الصحيح من المذهب . نص عليه . وقدمه فى الفروع .

قال الزركشى : قطع به القاضى ، وكثيرون .

وعنه يصح . اختاره المصنف . وابتداؤه من حين العقد .

وخرجه فى المستوعب من كل شهر بكذا . وفرق القاضى وأصحابه بينهما .

الثانية : لو قال : أجرتكها هذا الشهر بكذا ، وما زاد فبحسابه : صح فى الشهر الأول . ويحتمل أن يصح فى كل شهر تلبس به .

قال فى المغنى ، والشرح : و إن اكتراها شهراً معيناً بدرهم ، وكل شهر بعده بدرهم أو بدرهمين : صح فى الأول . وفيما بعده وجهان . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والناظم ، والرعايتين ، وشرح ابن رزين .

قلت : الأولى الصحة .

وهى شبيهة بمسألة المصنف والخرقى المتقدمة .

ثم وجدته قدمه فى الرعاية الصغيرى ، والحاوى الصغير . وقالا : نص عليه .

وقال فى الحاوى عنه : القول بعدم الصحة اختاره القاضى .

قوله ﴿ وَلاَ يَصِحّ الاسْتِئْجَارُ عَلَى حَمْلِ المَيْتَةِ وَالْخَمْرِ ﴾ .

هذا المذهب . قال فى الفروع : ويحرم على الأصح .

قال ابن منجا فى شرحه : هذا المذهب . وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى الشرح . وقال : هذا المذهب .

﴿ وَعَنْهُ : يَصِح ﴾ لكن يكره . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

فعلى المذهب : لا أجرة له . قاله فى التلخيص .

قوله ﴿ وَيُكْرَهُ أَكْلُ أُجْرَتِهِ ﴾ .

يعنى : على الرواية الثانية التى تقول : يصح الإجارة على ذلك . وهذا الصحيح ، وعليه الأصحاب .

وقال صاحب الفائق وغيره ، وقيل : فيه روايتان .

قال فى المستوعب : وهل يطيب له أكل أجرته ؟ فيه وجهان . أحدهما : لا يطيب ، و يتصدق به .

وقال فى التلخيص : وهل يأكل الأجرة ، أو يتصدق بها ؟ فيه وجهان .

تنبيه : مراده بحمل الميتة والخمر هنا : الحمل لأجل أكلها لغير مضطر ، أوشربها

فأما الاستئجار لأجل إلقائها أو إراقتها : فيجوز . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . وقطع به كثير ، منهم المصنف ، والشارح ، وصاحب الفروع وغيرهم .

وإن كان كلامه فى الفروع موهماً .

وقيل : لايجوز . حكاه الناظم ، فقال :

وجوز على المشهور حمل إراقة   ونبذ لميتات ، وكسح الأذى الردى

وعنه : يكره . وهى مراد غير المشهور فى النظم .

فوائد

إحداها : لا يكره أكل أجرته . على الصحيح من المذهب . وعنه يكره .

الثانية : لو استأجره على سلخ البهيمة بجلدها : لم يصح . جزم به فى المغنى والشرح . وقدمه فى النظم .

وقيل : يصح .

وصححه فى التلخيص . وهو الصواب . قال الناظم :

ولو جوزوه مثل تجويز بيعــه   بعيراً وثُنْيـا جلده لم أبعــد

وأطلقهما فى الرعاية .

وتقدم التنبيه على ذلك ، وعلى نظائره فى أواخر المضاربة .

فعلى الأول : له أجرة المثل .

الثالثة : تجوز إجارة المسلم للذمى إذا كانت الإجارة فى الذمة بلا نزاع أعلمه . ونص عليه فى رواية الأثرم .

قال ابن الجوزى فى المذهب : يجوز على المنصوص . وجزم به فى الفروع وغيره .

وفى جواز إجارته له لعمل غير الخدمة مدة معلومة : روايتـان . وأطلقهما فى الفروع ، والنظم .

إحداهما : يجوز . وهو المذهب . صححه المصنف ، والشارح هنا .

قال فى المغنى فى المصراة : هذا أولى . وجزم به فى المحرر ، والوجيز . وقدمه فى الشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

والثانية : لا يجوز ، ولا يصح .

وأما إجارته لخدمته : فلا تصح . على الصحيح من المذهب . ونص عليه فى رواية الأثرم .

قال فى الفروع : ولا تجوز إجارته لخدمته ، على الأصح . وجزم به فى المذهب ، والمغنى ، والشرح .

وعنه : يجوز . وقدمه فى المحرر ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير . وجزم به فى المنور .

وكذا حكم إعارته . قاله فى الفروع وغيره .

فائدة : حكم إعارته حكم إجارته للخدمة . قاله فى الفروع وغيره . ويأتى ذلك فى العارية .

قوله ﴿ وَالْإِجَارَةُ عَلَى ضَرْبَيْنِ . أَحَدُهُمَا : إِجَارَةُ عَيْنٍ . فَتَجُوزُ إِجَارَةُ كُلِّ عَيْنٍ يُمْكِنُ اسْتِيفَاءُ الْمَنْفَعَةِ الْمُبَاحَةِ مِنْهَا مَعَ بَقَائِهَا ، وَحَيَوَانٍ لِيَصِيدَ بِهِ إِلاَّ الْكَلْبَ ﴾ .

لا يجوز إجارة الكلب مطلقاً . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . وقطع به أكثرهم .

وقيل : يجوز إجارة كلب يجوز اقتناؤه .

ويجىء على ما اختاره الحارثى فى جواز بيعه : صحة إجارته أيضاً .

قال فى القاعدة السابعة والثمانين : حكى الحلوانى فيه وجهين . وخرج أبو الخطاب وجهاً فى الجواز .

تنبيهان

أحدهما : ظاهر قوله « وحيوان ليصيد » أنه إذا لم يصلح للصيد : أنه لا تجوز إجارته . وهو صحيح . قاله المصنف ، والشارح ، وغيرهما .

الثاني : صحة إجارة حيوان ليصيد به مبنية على صحة بيعه ، على ما تقدم فى كتاب البيع .

لكن جزم فى التبصرة بصحة إجارة هِرٍّ وفهدٍ وصقرٍ معلّم للصيد ، وحكى فى بيعها الخلاف . قاله فى الفروع .

قلت : وكذا فعل المصنف فى هذا الكتاب ، وكثير من الأصحاب . فما فى اختصاص صاحب التبصرة بهذا الحكم مزية . وإنما ذكر الأصحاب ذلك بناء على الصحيح من المذهب .

فائدة : تحرم إجارة فحل للنَّزْوِ . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه : لا تصح . وقيل : تصح . وهو تخريج لأبى الخطاب . بناء على إجارة الظئر للرضاع ، واحتمال لابن عقيل . ذكره الزركشى .

وكرهه الإمام أحمد رحمه الله . زاد حرب : جداً .

قيل : فالذى يعطى ولا يجد منه بداً ؟ فكرهه .

ونقل ابن القاسم : قيل له : يكون مثل الحجام . يعطى وإن كان منهياً عنه ؟ فقال : لم يبلغنا أنه عليه الصلاة والسلام أعطى فى مثل هذا كما بلغنا فى الحجام .

وحمله القاضى على ظاهره . وقال : هذا مقتضى النظر ، ترك فى الحجام .

وحمل المصنف كلام الإمام أحمد على الورع : لا التحريم .

وقال : إن احتاج ولم يجد من يطرق له : جاز أن يبذل الكراء . وليس للمطرق أخذه .

قال الزركشى : وفيه نظر .

قال المصنف : فإن أطرق بغير إجارة ولا شرط ، فأهديت له هدية ، أو أكرم بكرامة : فلا بأس .

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : ولو أنزاه على فرسه فنقص : ضمن نقصه .

قوله ﴿ وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ كِتَابٍ لِيَقْرَأَ فِيهِ ، إلاّ الْمُصْحَفَ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ﴾ .

في جواز إجارة المصحف ليقرأ فيه ثلاث روايات : الكراهة ، والتحريم ، والإباحة . وأطلقهن في الفروع .

والخلاف هنا : مبنى على الخلاف في بيعه .

أحدها : لا يجوز . وهو المذهب . صححه في التصحيح ، والنظم ، والمذهب وجزم به في الوجيز وغيره .

الثاني : يجوز . قدمه في الفائق . وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والمغني ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوي الصغير .

وقيل : يباح .

فائدة : يصح نسخه بأجرة . نص عليه .

وتقدم في نواقض الطهارة : هل يجوز للذمي نسخه ؟ .

فائدة : ماحرم بيعه حرم إجارته . إلا الحر والحرة ، ويصرف بصره عن النظر . نص عليه . والوقف ، وأم الولد . قاله الأصحاب .

قوله ﴿ وَاسْتِئْجَارُ النَّقْدِ لِلتَّحَلِّي وَالْوَزْنِ لاَ غَيْرُ ﴾ .

جزم به في المغني ، والخلاصة ، والتلخيص ، والشرح ، والرعايتين ، والفائق ، والحاوي الصغير .

قال في المحرر : يجوز إجارة النقد للوزن ونحوه .

وقال فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والوجيز ، وغيرهم : ويجوز إجارة نقد للوزن . واقتصروا عليه .

قال فى الفروع : ومنع فى المغنى إجارة نقد ، أو شمع للتجمل ، وثوب لتغطية نعش ، وما يسرع فساده كرياحين .

قال فى الترغيب وغيره : ونفـاحة للشم . بل عنبر وشبهه . وظاهر كلام جماعة : جواز ذلك . انتهى .

فظاهر كلامه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والوجيز : أنه لا يجوز للتحلى . لاقتصارهم على الوزن . اللهم إلا أن يقال : خرج كلامهم على الغالب . لأن الغالب فى الدراهم والدنانير أن لا يتحلى بها .

وقول صاحب الفروع «للتجمل» ليس المراد التحلى به . لأن التجمل غير التحلى وأطلق فى الفروع فى إجارة النقد للتحلى والوزن الوجهين فى كتاب الوقف .

قوله ﴿ فَإِنْ أَطْلَقَ ﴾ يعنى الإجارة ﴿ فى النقد . وقلنا بالصحة فى التى قبلها : لَمْ يَصِـحَّ فِى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ﴾ .

وهو المذهب . اختاره القاضى . واختـاره ابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الخلاصة ، والرعايتين ، والحـاوى الصغير ، والفائق ، والفروع . ذكره فى كتاب الوقف .

والوجه الثانى : يصح .

(وَيُنْتَفَعُ بِهَا فِى ذَلِكَ) يعنى : فى التحلى ، والوزن . اختاره أبو الخطاب ، والمصنف . وهو الصواب . وقدمه فى الشرح . وأطلقهما فى المذهب ، والمستوعب ، والتلخيص ، وشرح ابن منجا ، والقواعد . وعند القاضى يكون قرضاً أيضاً .

فعلى المذهب : يكون قرضاً . قاله الأصحاب .

فائدة : وكذا حكم المكيل ، والموزون ، والفلوس .

قاله فى القاعدة الثامنة والثلاثين .

قوله ﴿ وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ وَلَدِهِ لِخِدْمَتِهِ ، وَامْرَأَتِهِ لِرَضَاعِ وَلَدِهِ وَحَضَانَتِهِ ﴾ .

يجوز استئجار ولده لخدمته . قاله الأصحاب . وقطعوا به .

قلت : وفى النفس منه شىء . بل الذى ينبغى : أنها لاتصح ، و يجب عليه خدمته بالمعروف .

وأما استئجار امرأته لرضاع ولده : فالصحيح من المذهب : جوازه . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به الخرقى وغيره .

قال المصنف ، والشارح : هذا الصحيح من المذهب . وهو من مفردات المذهب .

وقال القاضى : لا يجوز . وتأول كلام الخرقى على أنها فى حبال زوج آخر .

قال الشيرازى فى المنتخب : إن استأجرها من هى تحته لرضاع ولده لم يجز . لأنه استحق نفعها .

وعند الشيخ تقى الدين رحمه الله : لا أجرة لها مطلقاً .

ويأتى فى باب نفقة الأقارب بأتم من هذا ، عند قوله « وإن طلبت أجرة مثلها ، ووجد من يتبرع برضاعه فهى أحق » .

فعلى المذهب : لا فرق بين أن يكون الولد منها أو من غيرها . ولا أن تكون فى حباله أولا .

و يأتى قريب من ذلك فى آخر باب نفقة الأقارب والمماليك .

فائدة : يجوز أن يستأجر أحد والديه للخدمة لـكن يكره ذلك .

قوله ﴿ وَلاَ يَصِحُّ إلاَّ بِشُرُوطٍ خَمْسَةٍ . أَحَدُهَا : أَنْ يَعْقِدَ عَلَى نَفْعِ

العَيْنِ دُونَ أَجْزَائِها . فَلاَ تَصِحّ إجارة الطَّعَامِ لِلْأَكْلِ وَلاَ الشّمْعِ لِيُشْعِلَهُ ﴾ .

لايجوز إجارة الشمع ليشعله ، على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به أكثرهم .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : ليس هذا بإجارة ، بل هو إذن فى الإتلاف ، وهو سائغ ، كقوله : من ألقى متاعه .

قال فى الفائق : وهو المختار . ثم قال : قلت : وهو مشابه لبيعه من الصبرة كل قفيز بكذا . ولو أذن فى الطعام بعوض كالشمع فمثله . انتهى .

وقال فى الفروع : وجعله شيخنا ـ يعنى إجارة الشمع ليشعله ـ مثل : كل شهر بدرهم . فمثله فى الأعيان نظير هذه المسألة فى المنافع . ومثله : كلما أعتقت عبداً من عبيدك فعلىّ ثمنه . فإنه يصح ، وإن لم يبين العدد والثمن . وهو إذن فى الانتفاع بعوض . واختار جوازه ، وأنه ليس بلازم . بل جائز ، كجعالة ، وكقوله : ألق متاعك فى البحر وعلىّ ضمانه . فإنه جائز . ومن ألقى كذا فله كذا . انتهى .

وتقدم فى أول فصل المزارعة : هل يجوز إجارة الشجرة بثمرها ؟ .

قوله ﴿ وَلاَ حيَوَانٍ لِيَأْخُذَ لَبَنَهُ ، إلاَّ فِى الظِّئْرِ . وَنَقْعُ البِئْر يَدْخُلُ تَبَعًا ﴾ .

هذا المذهب ، وعليه الأصحاب . وقطعوا به .

وأما قوله « إلا فى الظئر ونقع البئر يدخل تبعا » فتقدم فى الظئر : هل وقع العقد على اللبن ، ودخلت الحضانة تبعاً ، أو عكسه ؟ فى أول الباب .

واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله : جواز إجارة قناة ماء مدة وماء فائض بركة رآياه ، وإجارة حيوان لأجل لبنه ، قام به هو أو ربه . فإن قام عليها المستأجر وعلفها : فكاستئجار الشجر . وإن علفها ربهـا ويأخذ المشترى لبنا مقدراً :

فبيع محض . و إن كان يأخذ اللبن مطلقاً : فبيع أيضاً . وليس هذا بغرر . ولأن هذا يحدث شيئاً فشيئاً . فهو بالمنافع أشبه . فإلحاقه بها أولى . ولأن المستوفى بعقد الإجارة على زرع الأرض هو عين من أعيان . وهو مايحدثه الله من الحب بسقيه وعمله . وكذا مستأجر الشاة للبنها مقصوده ما يحدثه الله من لبنها بعلفها والقيام عليها . فلافرق بينهما . والآفات والموانع التى تعرض للزرع أكثر من آفات اللبن. ولأن الأصل فى العقود الجواز والصحة . قال : وكظئر . انتهى .

قوله ﴿ وَنَقْعُ البِئْرِ يَدْخُلُ تَبْعاً ﴾

هذا المذهب بلا ريب . وعليه الأصحاب .

وقال فى المبهج وغيره : ماء بئر .

وقال فى الفصول : لا يستحق بالإجارة . لأنه إنما يملكه بحيازته .

وذكر صاحب المحرر وغيره : إن قلنا يملك الماء : لم يجز مجهولا ، و إلا جاز ، ويكون على أصل الإباحة .

وقال فى الانتصار ، قال أصحابنا : ولو غار ماء دار مؤجرة فلا فسخ . لعدم دخوله فى الإجارة .

وقال فى التبصرة : لايملك عينا . ولايستحقها بإجارة إلا نقع البئر فى موضع مستأجر ، ولبن ظئر يدخلان تبعا .

تنبيه : قال ابن منجا فى شرحه : قول المصنف « يدخل تبعاً » يحتمل أنه عائد إلى نقع البئر . لأنه أفرد الضمير . ويحتمل أنه عائد إلى الظئر ونقع البئر . وبه صرح غيره . قال : إلا فى الظئر ونقع البئر . فإنهما يدخلان تبعاً . انتهى .

قلت : ممن صرح بذلك : صاحب المستوعب . فإنه قال : ولا يستحق بعقد الإجارة عين إلا فى موضعين : لبن الظئر ونقع البئر . فإنهما يدخلان تبعاً . انتهى وكذا صاحب التبصرة لعدم ضبطه . انتهى .

وقال فى الرعاية الـكبرى : وقع العقد على المرضعة واللبن تبع ، يستحق إتلافه بالرضاع .

وقاله القاضى فى الخصال . وصححه ابن عقيل فى الفصول . وقدمه فى الشرح ، وشرح ابن رزين ، كما تقدم فى الظئر .

فعلى الاحتمال : تـكون الإجارة وقعت على اللبن . وعلى الثـانى : يدخل اللبن تبعا وهما قولان تقدما .

فائدة : ومما يدخل تبعاً : حبر الناسخ ، وخيوط الخياط ، وكحل الـكحال ، ومرهم الطبيب ، وصبغ الصباغ ونحوه . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الرعايتين . وجزم به فى الحـاوى الصغير فى الحبر ، والخيوط . وأطلق وجهين فى الصبغ .

قال فى الفروع : ومن اكترى لنسخ أو خياطة أو كحل ونحوه : لزمه حبر وخيوط وكحل .

وقيل : يلزم ذلك المستأجر .

وقيل : يتبع فى ذلك العرف .

قال الزركشى : يجوز اشـتراط الـكحل من الطبيب على الأصح لا الدواء اعتماداً على العرف . وقطع بهذا فى المغنى ، والشرح .

قوله ﴿ الثَّانِي : مَعْرِفَةُ العَيْنِ بِرُؤْيَةٍ أَوْ صِفَةٍ فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ﴾ .

وهو المذهب .

قال المصنف والشارح : هـذا المذهب والمشهور . وصححه فى التصحيح ، والنظم ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، وغيرهم . وجزم به فى الوجيز ، والخلاصة ، وغيرهما . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير وغيرهم .

﴿ وَفِي الآخَرِ ﴾ يجوز ﴿ بِدُونِهِ ، وَلِلْمُسْتَأْجِرِ خِيَارُ الرُّؤْيَةِ ﴾ .

واعلم أن الخلاف هنا مبنى على الخلاف فى البيع على ما تقدم .

قوله ﴿ وَلا يَجُوزُ إجَارَةُ المشَاعِ مُفْرَدًا لِغَيْرِ شَرِيكِهِ ﴾ .

هذا المذهب بلا ريب . وعليه جماهير الأصحاب .

قال المصنف فى المغنى : قال أصحابنا : وَلاَ يَجُوزُ إجَارَةُ المشَاعِ لِغَيْرِ الشَّرِيكِ إلا أن يؤجر الشريكان معاً . وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى الفروع وغيره .

قال فى الفائق : ولا يصح إجارة مشـاع مفرداً لغير شريك أو معه إلا بإذن .

قال فى الرعاية : لا يصح إلا لشريكه بالباقى ، أو معه لثالث . انتهى .

وعنه : مَا يَدُلُّ عَلَى جَوَازِهِ .

اختاره أبو حفص العكبرى ، وأبو الخطاب ، وصاحب الفائق ، والحافظ ابن عبد الهادى فى حواشيه . وقدمه فى التبصرة . وهو الصواب .

وفى طريقة بعض الأصحاب . ويتخرج لنا من عدم إجارة المشاع : أن لا يصح رهنه ، وكذا هبته . ويتوجه وقفه . قال : والصحيح هنا صحة رهنه وإجارته وهبته .

قال فى الفروع : وهذا التخريج خلاف نص الإمام أحمد فى رواية سندى : يجوز بيع المشاع ورهنه ، ولا يجوز أن يؤجر . لأن الإجارة للمنافع ، ولا يقدر على الانتفاع .

فائدتان

إحداهما : هل إجارة حيوان ودار لاثنين وهما لواحد مثل إجارة المشاع ، أو يصح هنا ، وإن منعنا فى المشاع ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى الفروع . وجعلهما فى المغنى والشرح وغيرهما مثله . وجزم به فى الوجيز .

وقيل : يصح هنا ، وإن منعنا الصحة فى المشاع .

الثانية : قوله ﴿ فَلاَ تَجُوزُ إجارَةُ بَهِيمَةٍ زَمِنَةٍ لِلْحَمْلِ ، وَلاَ أَرْضٍ لاَ تُنْبِتُ لِلزَّرْعِ ﴾ .

قال فى الموجز : ولا حمام لحمل الكتب ، لتعذيبه . وفيه احتمال يصح . ذكره فى التبصرة .

قال فى الفروع : وهو أولى .

قوله ﴿ الخامِسُ : كَوْنُ المنْفَعَةِ مَمْلُوكَةً لِلْمُؤْجِرِ ، أَوْ مَأْذُوناً لَهُ فِيهَا ﴾

وهذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . ويحتمل الجواز . ويقف على إجازة المالك . بناء على جواز بيع مال الغير بغير إذنه ، على ما تقدم فى تصرف الفضولى فى كتاب البيع .

قوله ﴿ فَيَجُوزُ لِلْمُسْتَأْجِرِ إجارَةُ العَيْنِ لِمَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ . وَيَجُوزُ لِلْمُؤْجِرِ وَغَيْرِهِ بِمِثْلِ الأُجْرَةِ وَزِيادَةٍ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

قال الزركشى : هذا المذهب عند الأصحاب . وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى الفروع وغيره .

وعنه : لا تجوز إجارتها . ذكرها القاضى .

وعنه : لا تجوز إلا بإذنه .

وعنه : لا تجوز بزيادة إلا بإذنه .

وعنه : إن جدد فيها عمارة جازت الزيادة ، وإلا فلا . فإن فعل تصدق بها . قاله فى الرعاية وغيره .

فائدة : قال فى التلخيص ، فى أول الغصب : ليس لمستأجر الحر أن يؤجره

من آخر إذا قلنا : لا تثبت يد غيره عليه ، و إنما هو يسلم نفسه . و إن قلنا : تثبت صح . انتهى .

قلت : فعلى الأول : يعايى بها ، و يستثنى من كلام من أطلق .

تنبيهان

أحدهما : الذى ينبغى أن تقيد هذه المسألة فيما إذا أجرها لمؤجرها بما إذا لم يكن حيلة . فإن كان حيلة لم يجز قولا واحداً . ولعله مراد الأصحاب . وهى شبيهة بمسألة العينة وعكسها .

الثانى : ظاهر كلام المصنف : جواز إجارتها ، سواء كان قبضها أو لا . وهو صحيح . وهو المذهب على ما اصطلحناه . وقدمه فى الفروع .

وقيل : ليس له ذلك قبل قبضها . جزم به فى الوجيز .

وقيل : تجوز إجارتها للمؤجر دون غيره . قدمه فى الرعايتين ، والحاوى وصححوا فى غير المؤجر أنه لا يصح ، وأطلقهن فى المغنى ، والشرح . وقالا : أصل الوجهين : بيع الطعام قبل قبضه ، هل يصح من بائعه أم لا ؟ على ما تقدم . والمذهب عدم الجواز هناك . فكذا هنا . فيكون ما قاله فى الوجيز ، والمذهب ، وظاهر كلامه فى الفروع : عدم البناء . والصواب البناء . وهو أظهر . وليست شبيهة ببيع الطعام قبل قبضه فيما يظهر ، بل ببيع العقار قبل قبضه .

قوله ﴿ وَلِلْمُسْتَعِيرِ إِجَارَتُهَا إِذَا أَذِنَ لَهُ المعيرُ مُدَّةً بِعَيْنِهَا ﴾ .

يعنى : أذن له فى إجارتها . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والتلخيص ، وشرح ابن منجا ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

وقال فى الرعاية الكبرى : ولا يصح إيجار معار .

وقيل : إلا أن يأذن ربه فى مدة معلومة .

قوله ﴿ وَيَجُوزُ إِجَارَةُ الْوَقْفِ . فَإِنْ مَاتَ الْمُؤَجِّرُ فَانْتَقَلَ إِلَى مَنْ بَعْدَهُ : لَمْ تَنْفَسِخِ الإِجَارَةُ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادى ، والمغنى والكافى ، والتلخيص ، والبلغة ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والفائق ، والزركشى ، وتجريد العناية .

أحدهما : لا تنفسخ بموت المؤجر . وهو المذهب على ما اصطلحناه فى الخطبة كما لو عزل الولى ، وناظر الوقف ، وكملكه المطلق . قاله المصنف وغيره . صححه فى التصحيح ، والنظم . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الفروع ، والرعاية الكبرى ، وشرح ابن رزين .

قال القاضى فى المجرد : هذا قياس المذهب .

والوجه الثانى : تنفسخ . جزم به القاضى فى خلافه ، وأبو الحسين أيضاً . وحكياه عن أبى إسحاق بن شاقلا . واختاره ابن عقيل ، وابن عبدوس فى تذكرته والشيخ تقى الدين وغيرهم .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : هذا أصح الوجهين .

قال القاضى : هذا ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله فى رواية صالح .

قال ابن رجب فى قواعده : وهو المذهب الصحيح . لأن الطبقة الثانية تستحق العين بمنافعها تلقيا عن الواقف بانقراض الطبقة الأولى . وقدمه فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير .

قلت : وهو الصواب . وهو المذهب . قال الناظم :

ولو قيل: أن يؤجره ذو نظر من المحبس لم يفسخ فقط لم أبعد

وقيل : تبطل الإجارة . وهو تخريج المصنف فى المغنى من تفريق الصفقة .

قال فى القاعدة السادسة والثلاثين : لكن الأجرة إن كانت مقسطة على

أشهر مدة الإجارة أو أعوامها ، فهى صفقات متعددة على أصح الوجهين . فلا تبطل جميعها ببطلان بعضهـا . و إن لم تكن مقسطة فهى صفقة واحدة . فيطرد فيها الخلاف المذكور . انتهى .

وقال فى الفائق ، قلت : وتخرج الصحة بعد الموت موقوفة ، لا لازمة ، وهو المختار . انتهى.

تنبيهات

أحدها : قال فى الفروع : و يتوجه مثله فيما إذا أجره ثم وقفه .

الثانى : قال العلامة ابن رجب فى قواعده : اعلم أن فى ثبوت الوجه الأول نظراً . لأن القاضى إنما فرضه فيما إذا أجر الموقوف عليه ، لـكون النظر له مشروطا وهذا محل تردد . أعنى : إذا أجر بمقتضى النظر المشروط له ، هل يلحق بالناظر العام ، فلا ينفسخ بموته أم لا ؟ فإن من أصحابنا المتأخرين من ألحقه بالناظر العام . انتهى .

الثالث : محل الخلاف المتقدم : إذا كان المؤجر هو الموقوف عليه بأصـل الاستحقاق .

فأما إن كان المؤجر هو الناظر العام ، ومن شرط له ، وكان أجنبياً : لم تنفسخ الإجارة بموته . قولاً واحداً . قاله المصنف ، والشارح ، والشيخ تقى الدين ، والشيخ زين الدين بن رجب وغيرهم .

وقال ابن رجب : أما إذا شرطه للموقوف عليه ، أو أتى بلفظ يدل على ذلك ، فأفتى بعض المتأخرين بإلحاقه بالحاكم ونحوه ، وأنه لاينفسخ . قولا واحداً . وأدخله ابن حمدان فى الخلاف .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : وهو الأشبه .

الرابع : محل الخلاف أيضاً عند ابن حمدان فى رعايتيه وغيره : إذا أجره

مدة يعيش فيها غالبا . فأما إن أجره مدة لا يعيش فيها غالباً : فإنها تنفسخ قولا واحداً ، وما هو ببعيد .

فعلى الوجه الأول ، من أصل المسألة : يستحق البطن الثانى حصته من الأجرة من تركة المؤجر إن كان قبضها ، و إن لم يمكن قبضها فعلى المستأجر .

وعلى الوجه الثانى : يرجع المستأجر على ورثة المؤجر القابض .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : إن كان قبضها المؤجر رجع بذلك فى تركته فإن لم تكن تركة فأفتى بعض أصحابنا بأنه إذا كان الموقوف عليه هو الناظر فمات فللبطن الثانى فسخ الإجارة ، والرجوع بالأجرة على من هو فى يده . انتهى .

وقال أيضاً : والذى يتوجه أولا : أنه لا يجوز سلف الأجرة للموقوف عليه . لأنه لا يستحق المنفعة المستقبلة ، ولا الأجرة عليها . فالتسليف لهم قبض ما لا يستحقونه ، بخلاف المالك . وعلى هذا : فللبطن الثانى أن يطالبوا بالأجرة المستأجر لأنه لم يكن له التسليف ، ولهم أن يطالبوا الناظر . انتهى .

فائدة : قال ابن رجب ـ بعد ذكر هذه المسألة ـ : وهكذا حكم المقطع إذا أجر إقطاعه ثم انتقلت عنه إلى غيره بإقطاع آخر .

قوله ﴿ وَإِنْ أَجَّرَ الْوَلِيُّ الْيَتِيمَ ، أَوْ أَجَّرَ مَالَهُ ، أَوْ السَّيِّدُ الْعَبْدَ . ثُمَّ بَلَغَ الصَّبِيُّ وَعَتَقَ الْعَبْدُ : لَمْ تَنْفَسِخِ الإِجَارَةُ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . وقطع به كثير منهم . منهم صاحب الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، وغيرهم . ذكروه فى باب الحجر .

ويحتمل أن ينفسخ . وهو وجه فى الصبى ، وتخريج فى العبد من الصبى .

قال فى القاعدة الرابعة والثلاثين : وعند الشيخ تنفسخ ، إلا أن يستثنيها فى العتق . فإن له استثناء منافعه بالشروط . والاستثناء الحكمى أقوى ، بخلاف الصبى إذا بلغ ورشد . فإن الولى تنقطع ولايته عنه بالكلية .

فعلى المذهب : لا يرجع العتيق على سيده بشيء من الأجرة ، على الصحيح من المذهب .

وقيل : يرجع بحق ما بقى ، كما تلزمه نفقته إن لم يشترطها على مستأجره .

قال فى الفروع : ويتوجه مثله فيما إذا أجره ثم وقفه .

تنبيه : محل الخلاف فيما إذا لم يعلم بلوغه عند فراغها . فأما إن أجره مدة يعلم بلوغه فيها ، فإنها تنفسخ على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع . وهو احتمال فى المغنى والشرح .

وقيل : لا تنفسخ أيضا .

وقدمه فى القاعدة السادسة والثلاثين . وقال : هذا الأشهر . واختاره القاضى وأصحابه .

قلت : وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب . وظاهر ماقدمه الشارح .

قلت : ويلحق به العبد إذا علم عتقه فى المدة التى وقعت عليها الإجارة ويتصور ذلك بأن يعلق عتقه على صفة توجد فى مدة الإجارة . ولم أره للأصحاب . وهو واضح . ثم رأيته فى الرعاية الكبرى صرح بذلك .

فائدتان

إحداهما : لو وُرِث المأجور ، أو اشْتُرِى أو اتُّهِب ، أو وصى له بالعين ، أو أخذ صداقاً ، أو أخذه الزوج عوضاً عن خلع ، أو صلحاً ، أو غير ذلك : فالإجارة بحالها . قطع به فى القاعدة السادسة والثلاثين .

قلت : وقد صرح به المصنف وغيره من الأصحاب ، حيث قالوا : ويجوز بيع العين المستأجرة ، ولا تنفسخ الإجارة إلا أن يشتريها المستأجر .

الثانية : يجوز إجارة الإقطاع كالوقف . قاله الشيخ تقي الدين ، وقال : لم يزل يؤجر من زمن الصحابة إلى الآن . قال : وما علمت أحداً من علماء

الإسلام ـ الأئمة الأربعة ولا غيرهم ـ قال : إجارة الإقطاع لا تجوز ، حتى حدث فى زماننا . فابتدع القول بعدم الجواز .

واقتصر عليه فى الفروع .

وقال ابن رجب فى القواعد : وأما إجارة إقطاع الاستغلال التى موردها منفعة الأرض دون رقبتها : فلا نقل فيها نعلمه . وكلام القاضى يشعر بالمنع ، لأنه جعل مناط صحة الإجارة للمنافع لزوم العقد . وهذا منتف فى الإقطاع . انتهى .

فعلى ما قاله الشيخ تقى الدين : لو أجره ثم استحقت الإقطاع لآخر ، فذكر فى القواعد : أن حكمه حكم الوقف إذا انتقل إلى بطن ثان ، وأن الصحيح تنفسخ

قوله ﴿ وَيُشْتَرَطُ كَوْنُ الْمُدّةِ مَعْلُومَةً ﴾

بلا نزاع فى الجملة .

لكن لو علقها على مايقع اسمه على شيئين ـ كالعيد ، وجمادى ، وربيع ـ فهل يصح ، ويصرف إلى الأول ، أو لايصح حتى يعين ؟ فيه وجهان .

الأول : اختيار المصنف ، وجماعة من الأصحاب .

الثاني : اختيار القاضى .

قلت : وهو الصواب . وأطلقهما الزركشى . وقد تقدم نظير ذلك فى السلم ، وأن الصحيح عدم الصحة .

قوله ﴿ يَغْلِبُ عَلَى الظَّنّ بَقَاءِ الْعَيْنِ فِيهاَ ، وَإِنْ طَالَتْ ﴾ .

هذا المذهب المشهور بلاريب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى الفروع وغيره .

وقيل : لا يجوز إجارتها أكثر من سنة . قاله ابن حامد ، واختاره .

وقيل : تصح ثلاث سنين لاغير .

وقيل : ثلاثين سنة . ذكره القاضى . قال فى الرعاية : نص عليه .

وقيل : لا تبلغ ثلاثين سنة .

فائدة : ليس لوكيل مطلق إيجار مدة طويلة ، بل العرف ، كسنتين ونحوهما . قاله الشيخ تقى الدين رحمه الله .

قلت : الصواب الجواز إن رأى فى ذلك مصلحة ، وتعرف بالقرائن . والذى يظهر : أن الشيخ تقى الدين لا يمنع .

تنبيهات

الأول : قال فى الفروع ـ بعد حكاية هذه الأقوال ـ وظاهره : ولو ظن عدم العاقد ولومدة لايظن فناء الدنيا فيها .

وفى طريقة بعض الأصحاب فى السلم : الشرع يراعى الظاهر . ألا ترى أنه لو اشترط أجلا تفى به مدته : صح ، ولو اشترط مائتين . أو أكثر : لم يصح ؟ .

الثانى : قوله ﴿ وَلاَ يُشْتَرَطُ أَنْ يَلِيَ العَقْدَ . فَلَوْ أَجَّرَهُ سَنَةَ خَمْسٍ فِي سَنَةِ أَرْبِعٍ : صَحَّ ، سَوَاءٌ كَانَتِ العَيْنُ مَشْغُولَةً وَقْتَ العَقْدِ أَوْ لَمْ تَكُنْ ﴾ .

وسواء كانت مشغولة بإجارة أو غيرها .

ويأتى كلام ابن عقيل وغيره قريباً . وهوصحيح . لكن لو كانت مرهونة . ففيه خلاف يأتى بيانه وتصحيحه بعد ذلك .

إذا علمت ذلك ، فقال بعض الأصحاب : إذا أجره وكانت العين مشغولة صح إن ظن التسليم عند وجوبه . وقدمه فى الفروع .

وقال فى الرعاية الكبرى : صح إن أمكن تسليمه فى أولها .

وقال المصنف وغيره ـ فى أثناء بحث لهم ـ تشترط القدرة على التسليم عند وجوبه . ولا فرق بين كونها مشغولة أولا ، كالسلم . فإنه لايشترط وجود القدرة عليه حال العقد .

وقال ابن عقيل فى الفصول ، أو الفنون : لايتصرف مالك العقار فى المنافع بإجارة ولا إعارة ، إلا بعد انقضاء المدة واستيفاء المنافع المستحقة عليه بعقد الإجارة . لأنه مالم تنقض المـدة له حق الاستيفاء . فلا تصح تصرفات المالك فى محبوس بحق . لأنه يتعذر التسليم المستحق بالعقد . انتهى .

قال فى الفروع : فمراد الأصحاب متفق . وهو أنه يجوز إجارة المؤجر ، و يعتبر التسليم وقت وجو به . انتهى

الثالث : ظاهر كلام ابن عقيل السابق : أنه لايجوز إجارة العين إذا كانت مشغولة .

وقد قال فى الفائق : ظاهر كلام أصحابنا : عدم صحة إجارة المشغول بملك غير المستأجر . وقال شيخنا : يجوز فى أحد القولين ، وهو المختار انتهى .

وقد قال الشيخ تقى الدين رحمه الله ـ فيمن استأجر أرضاً من جندى وغرسها قصباً . ثم انتقل الإقطاع عن الجندى ـ : إن الجندى الثانى لايلزمه حكم الإجارة الأولى ، وأنه إن شاء أن يؤجرها لمن له فيها القصب أو لغيره . انتهى .

قلت : قال شيخنا الشيخ تقى الدين البعلى : ظاهر كلام الأصحـاب صحة إجارة المشغول بملك لغير المستأجر من إطلاقهم جواز الإجارة المضافة . فإن عموم كلامهم يشمل المشغولة وقت الفراغ بغراس أو بناء أو غيرهما . انتهى .

وقال فى الفروع : لا يجوز للمؤجر إجارة العين المشغولة بغراس الغير أو بنائه إلا بعد فراغ مدة صاحب الغراس والبناء .

وقال أيضاً : لا يجوز إجارة لمن يقوم مقام المؤجر كما يفعله بعض الناس .

قال : وأفتى جماعة من أصحابنا وغيرهم فى هذا الزمان أن هذا لايصح . وهو واضح . ولم أجد فى كلامهم مايخالف هذا .

قال : ومن العجب قول بعضهم « فى هذا الزمان » الذى يخطر بباله من كلام أصحابنا : أن هذه الإجارة تصح كذا قال . انتهى .

وقد قال الشيخ تقى الدين رحمه الله ، فيما حكى عنه فى الاختيارات : ويجوز للمؤجر إجارة العين المؤجرة من غير المستأجر فى مدة الإجارة . ويقوم المستأجر الثانى مقام المالك فى استيفاء الأجرة من المستأجر الأول . وغلط بعض الفقهاء فأفتى فى نحو ذلك بفساد الإجارة الثانية ، ظنا منه أن هذا كبيع المبيع ، وأنه تصرف فيما لا يملك . وليس كذلك ، بل هو تصرف فيما استحقه على المستأجر .

وأما إن كانت مرهونة وقت عقد الإجارة : ففى صحتها وجهان . وأطلقهما فى فى الفروع .

قال فى الرعاية الكبرى : وإن أجره مدة لاتلى العقد : صح إن أمكن التسليم فى أولها .

ثم قال . قلت : فإن كان ماأجره مرهونا وقت العقد لاوقت التسليم المستحق بالأجرة ، احتمل وجهين . انتهى .

قلت : إن غلب على الظن القدرة على التسليم وقت وجوبه صحت ، وإلا فلا .

وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب ، وداخل فى عموم كلامهم .

وتقدم فى الرهن أن الراهن والمرتهن إذا اتفقا على إيجار المرهون جاز . وإن اختلفا تعطل ، على الصحيح من المذهب .

[وقال فى الكافى : وإذا اتفقا على إجارته أو إعارته جاز فى قول الخرقى وأبى الخطاب .

وقال أبو بكر : يجوز إجارته .

وقال ابن أبى موسى : إذا أذن الراهن للمرتهن فى إعارته أو إجارته جاز . والأجرة رهن . وإن أجره الراهن بإذن المرتهن خرج من الرهن فى أحد الوجهين . وفى الآخر : لايخرج .

تنبيه : محل هذا الخلاف إذا كان الرهن لازماً . أما إن كان غير لازم : فيصح إجارته قولا واحد .

وتقدم فى الرهن هل يدوم لزومه بإجارته أم لا ؟] .

قوله ﴿ وَإِنْ أَجَّرَهُ فِي أَثْنَاءِ شَهْرٍ سَنَةً اسْتَوْفَى شَهْرًا بِالعَدَدِ وَسَائِرَهَا بِالأَهِلَّةِ . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي كُلِّ مَا يُعْتَبَرُ فِيهِ الأَشْهُرُ ، كَعِدَّةِ الوَفَاةِ ، وَشَهْرَىْ صِيَامِ الكَفَّارَةِ ﴾ .

وكذا النذر . وكذا مدة الخيار ، وغير ذلك . وهذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . ونص عليه فى النذر . وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والمحرر ، والفروع ، والرعايتين ، وغيرهم .

وَعَنْهُ يَسْتَوْفِي الْجَمِيعَ بِالعَدَدِ .

وعند الشيخ تقى الدين رحمه الله إلى مثل تلك الساعة .

تنبيه : قوله ﴿ اسْتَوْفَى شَهْرًا بِالعَدَدِ ﴾ .

يعنى : ثلاثين يوما . جزم به فى الفروع . وقال : نص عليه فى نذر ، وصوم . وجزم به فى الرعاية أيضاً وغيرها .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : إنما يعتبر الشهر الأول بحسب تمامه ونقصانه فإن كان تاماً كمل تاما . وإن كان ناقصاً كمل ناقصاً .

ويأتى نظير ذلك فى باب الطلاق فى الماضى والمستقبل ، عند قوله « وإن قال إذا مضت سنة فأنت طالق ، طلقت إذا مضى اثنا عشر شهراً بالأهلة ، ويكمل الشهر الذى حلف فى أثنائه بالعدد » .

فائدة : قوله ﴿ الضَّرْبُ الثَّانِي : عَقْدٌ عَلَى مَنْفَعَةٍ فِي الذِّمَّةِ مَضْبُوطَةٍ بِصِفَاتٍ كَالسَّلَمِ ، كَخِيَاطَةِ ثَوْبٍ ، وَبِنَاءِ دَارٍ ، وَحَمْلٍ إِلَى مَوْضِعٍ مُعَيَّنٍ ﴾

هذا صحيح بلا نزاع . ويلزمه الشروع فيه عقب العقد . فلو ترك ما يلزمه — قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : بلا عذر — فتلف ضمن بسببه . وله الاستنابة . فإن مرض أو هرب اكترى من يعمل عليه . فإن شرط مباشرته له بنفسه فلا . ولا استنابة إذن .

نقل حرب ـ فيمن دفع إلى خياط ثوباً ليخيطه ، فقطعه ودفعه إلى خياط آخر ـ قال : لا . إن فعل ضمن .

قال المصنف فى المغنى ، والشارح : فإن اختلف القصد ، كنسخ كتاب : لم يلزم الأجير أن يقيم مقامه . ولو أقام مقامه لم يلزم المكترى قبوله . فلو تعذر فعل الأجير بمرض أو غيره فله الفسخ .

ويأتى ذلك فى قوله « ومن استؤجر لعمل شىء فمرض » .

قوله ﴿ وَلاَ يَجُوزُ الْجَمْعُ بَيْنَ تَقْدِيرِ الْمُدَّةِ وَالعَمَلِ . كَقَوْلِهِ : اسْتَأْجَرْتُكَ لِتَخِيطَ لِى هَذَا الثَّوْبَ فِى هَذَا اليَوْمِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . وقدموه . ويحتمل أن يصح . وهو رواية ، كالجعالة على أصح الوجهين فيها .

قال فى التبصرة : وإن اشترط تعجيل العمل فى أقصى ممكن . فله شرطه . وأطلق الروايتين فى المحرر .

فعلى الصحة : لو أتمه قبل فراغ المدة فلا شىء عليه . ولو مضت المدة قبله فله الفسخ . قاله فى الفائق وغيره .

قوله ﴿ وَلاَ يَصِحُّ الإجَارَةُ عَلَى عَمَلٍ يَخْتَصُّ فَاعِلُهُ أَنْ يَكُونَ مِنْ أَهْلِ الْقُرْبَةِ ﴾ .

يعنى : بكونه مسلماً ، ولا يقع إلا قُرْبة لفاعله . كالحج ، أى النيابة فيه ، والعمرة ، والأذان ونحوهما . كالإقامة ، وإمامة صلاة ، وتعليم القرآن .

قال فى الرعاية : والقضاء . وهذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

قال ابن منجا وغيره : هذا أصح . وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى الفروع وغيره .

وعنه : يصح كأخذه بلا شرط . نص عليه .

وقال فى الرعاية ـ قبيل صلاة المريض ـ ويكره أخذ الأجرة على الإمامة بالناس وعنه : يحرم . انتهى .

واختار ابن شاقلا الصحة فى الحج ، لأنه لا يجب على أجير ، بخلاف أذان ونحوه .

وذكر فى الوسيلة الصحة عنه ، وعن الخرقى . لـكن الإمام أحمد رحمه الله ، منع الإمامة بلا شرط أيضاً .

وقيل : يصح للحاجة . ذكره الشيخ تقى الدين رحمه الله ، واختاره .

وقال : لا يصح الإستئجار على القراءة ، وإهدائها إلى الميت ، لأنه لم ينقل عن أحد من الأئمة الإذن فى ذلك .

وقد قال العلماء : إن القارىء إذا قرأ لأجل المال فلا ثواب له . فأى شىء يهدى إلى الميت ؟ وإنما يصل إلى الميت العمل الصالح . والاستئجار على مجرد التلاوة لم يقل به أحد من الأئمة ، وإنما تنازعوا فى الاستئجار على التعليم ،

والمستحب : أن يأخذ الحاج عن غيره ليحج ، لا أن يحج ليأخذ . فمن أحب إبراء ذمة الميت أو رؤية المشاعر يأخذ ليحج . ومثله كل رزق أخذ على عمل صالح ، يفرق بين من يقصد الدين فقط ، والدنيا وسيلة ، وعكسه . فالأشبه : أن عكسه ليس له فى الآخرة من خلاق .

قال : وحجه عن غيره ليستفضل ما يوفى دينه : الأفضل تركه . لم يفعله السلف . ويتوجه فعله لحاجة . قاله صاحب الفروع ، ونصره بأدلة .

ونقل ابن هانىء : فيمن عليه دين ، وليس له مايحج ، أيحج عن غيره ليقضى دينه ؟ قال : نعم .

فوائد

الأولى : تعليم الفقه والحديث ملحق بما تقدم ، على الصحيح . اختاره القاضى فى الخلاف ، وابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به فى المحرر ، والهداية ، والمذهب ،

والمستوعب ، والخلاصة ، وغيرهم . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

وقيل : يصح هنا ، وإن منعنا فيما تقدم . جزم به فى الوجيز ، وشرح ابن رزين . واختاره المصنف ، والشارح . وهو المذهب على المصطلح . وأطلقهما فى الفروع .

الثانية : لا بأس بأخذ أجرة على الرقية . نص عليه . قاله الشيخ تقى الدين رحمه الله ، وغيره .

الثالثة : يجوز أخذ الجعالة على ذلك كله ، على الصحيح من المذهب . وقطع به جماعة . وقدمه فى الفروع وغيره .

قال المصنف : فيه وجهان . وهو ظاهر الترغيب وغيره .

وقال فى المنتخب : الجعل فى الحج كالأجرة .

الرابعة : يحرم أخذ أجرة وجعالة على ما لا يتعدى نفعه . كصوم وصلاة خلفه ونحوهما .

الخامسة : يجوز أخذ الرزق على ما يتعدى نفعه ، على الصحيح من المذهب .

وقال ابن عقيل فى التذكرة : لا يجوز أخذ الرزق على الحج ، والغزو ، والصلاة ، والصيام .

وذكر نحوه القاضى فى الخصال ، وصاحب التلخيص . وذكره فى التعليق .

ونقل صالح ، وحنبل : لايعجبنى أن يأخذ ما يحج به ، إلا أن يتبرع . وتقدم كلام الشيخ تقى الدين رحمه الله فيمن أخذ ليحج قريباً .

قوله ﴿ وَإِنِ اسْتَأْجَرَهُ لِيَحْجِمَه : صَحَّ ﴾ .

هذا المذهب . اختاره المصنف ، والشارح ، وأبو الخطاب ، وغيرهم . وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره . وهو من مفردات المذهب .

وعنه : لا يصح . اختاره القاضى ، والحلوانى .

قال الزركشي : هو قول القاضي ، وجمهور أصحابه .

قال فى التلخيص : وهو المنصوص . وقدمه فى المستوعب ، والفائق . وأطلقهما فى المذهب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

قوله ﴿ وَيُكْرَهُ لِلْحُرِّ أَكْلُ أُجْرَتِهِ ﴾ .

يعنى : على القول بصحة الاستئجار عليه [إلا إذا أعطى من غير شرط ولا إجارة] .

وهذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والمحرر ، والوجيز ، وغيرهم . وصححه فى المستوعب وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وعنه : يحرم مطلقاً . واختار القاضي فى التعليق : أنه يحرم أكله على سيده .

فائدتان

إحداهما : يكره أخذ ما أعطاه بلا شرط ، على الصحيح من المذهب . وقدمه فى الفروع .

واختار القاضي وغيره : يطعمه رقيقه وناضحه .

وعنه : يحرم ، وجوزه الحلوانى وغيره لغير حر .

قلت : وهو الصواب .

فعلى المذهب : يحرم أكله على إحدى الروايتين .

قال القاضي : لو أعطى شيئاً من غير عقد ، ولا شرط : كان له أخذه . ويصرفه فى علف دوابه ، ومؤنة صناعته ، ولا يحل أكله .

قال الزركشي : اختار تحريم أكله القاضي وطائفة من أصحابه . وقدمه ناظم المفردات . وعنه : يكره أكله .

فعلى رواية تحريم أكله : ظاهر كلام القاضي فى التعليق وصاحب التلخيص :

تحريمه على كل الأحرار . وصرح القاضى فى الروايتين : أنه لايحرم على غير الحاجم .

الثانية : يجوز استئجاره لغير الحجامة : كالفصد ، وحلق الشعر ، وتقصيره ، والختان ، وقطع شىء من جسده للحاجة إليه . قاله الأصحاب .

قلت : لو خرج فى الفصد من الحجامة لما كان بعيداً . وكذلك التشريط كالصوم .

قوله ﴿ وَلِلْمُسْتَأْجِرِ اسْتِيفَاءُ الْمَنْفَعَةِ بِنَفْسِهِ وَبِمِثْلِهِ ﴾ .

يجوز للمستأجر إعارة المأجور لمن يقوم مقامه — من دار ، وحانوت ، ومركوب وغير ذلك — بشرط أن يكون الراكب الثانى مثل الأول فى الطول والقصر ، على الصحيح من المذهب . اختاره القاضى . وقدمه فى الفروع .

وقيل : لايشترط ذلك . اختاره المصنف ، والشارح .

والصحيح من المذهب : أنه لا تشترط المعرفة بالمركوب .

قال فى الفروع : لاتعتبر المعرفة بالمركوب فى الأصح . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، ونصراه .

وقيل : تشترط . اختاره القاضى .

تنبيه : ظاهر قول المصنف « وبمثله » جواز إعارة المأجور لمن يقوم مقامه ، ولو شرط المؤجر عليه استيفاء المنفعة بنفسه . وهو الصحيح من المذهب .

قال المصنف ، والشارح : قياس قول أصحابنا صحة العقد ، وبطلان الشرط . وقدمه فى الفروع . وهو احتمال فى الرعاية .

وقيل : يصح الشرط أيضاً . وهو احتمال المصنف . وقدمه فى الرعاية الكبرى . وقيل : لايصح العقد .

فائدتان

إحداهما : لو أعار المستأجر العين المأجورة . فتلفت عند المستعير من غير تفريط : لم يضمنها على الصحيح من المذهب .

قال فى التلخيص : ولا ضمان على المستعير من المستأجر فى الأصح . واقتصر عليه فى القواعد الفقهية . وقدمه فى الرعاية الكبرى فى باب العارية .

قلت : فيعايى بها . وقيل : يضمنها . وأطلقهما فى الفروع .

الثانية : لو اكتراها ليركبها إلى موضع معين ، أو يحمل عليها إليه . فأراد العدول إلى مثلها فى المسافة والحُزونة والأمن ، أو التى يعدل إليها أقل ضرراً : جاز على الصحيح من المذهب . اختاره القاضى . وقدمه فى الفروع .

قال فى الرعاية الصغرى : جاز فى الأشهر . وجزم به فى الحاوى الصغير . وقال المصنف : لا يجوز .

وإن سلك أبعد منه أو أشق فأجرة المثل . قدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

وقيل : المسمى وأجرة الزائد والمشقة .

قال الشارح : وهو قياس المنصوص .

قوله ﴿ وَلاَ يَجُوزُ بِمَنْ هُوَ أَكْبَرُ ضَرَرًا مِنْهُ ، وَلاَ بِمَنْ يُخَالِفُ ضَرَرُهُ ضَرَرَهُ ﴾ .

بلا نزاع فى الجملة .

تنبيه : قوله ﴿ وَلَهُ أَنْ يَسْتَوْفِيَ الْمَنْفَعَةَ وَمَا دُونَهَا فِى الضَّرَرِ مِنْ جِنْسِهَا . فَإِذَا اكْتَرَى لِزَرْعِ حِنْطَةٍ . فَلَهُ زَرْعُ الشَّعِيرِ وَنَحْوِهِ . وَلَيْسَ لَهُ زَرْعُ الدُّخْنِ وَنَحْوِهِ ، وَلاَ يَمْلِكُ الْغَرْسَ وَلاَ الْبِنَاءَ ﴾ .

فإن فعل لزمه أجرة المثل ، وإن اكتراها لأحدهما لم يملك الآخر ، وإن اكتراها للغرس ملك الزرع . وهذا المذهب .

وقال فى الرعاية : وإن اكتراها لغرس أو بناء لم يملك الآخر . فإن فعل فأجرة المثل . وله الزرع بالمسمى .

وقيل : لازرع له مع البناء .

فائدة : لو قال أجرتكها لتزرعها أو تغرسها : لم يصح . قطع به كثير من الأصحاب . لأنه لم يعين أحدهما . منهم المصنف ، والشارح .

وقال فى الرعاية الكبرى : و إن قال لتزرع أو تغرس ماشئت ، زرع أوغرس ماشاء .

وقيل : لايصح للتردد . انتهى .

و إن قال : لتزرعها ماشئت ، وتغرسها ماشئت صح . قطع به المصنف ، والشارح ونصراه . وقالا : له أن يزرعها كلها ، وأن يغرسها كلها .

وقال فى الرعاية الكبرى : و إن قال : لتزرع ، وتغرس ماشئت ، ولم يبين قدر كل منهما : لم يصح .

وقيل : يصح . وله ماشاء منهما . انتهى .

و إن قال : لتنتفع بها ماشئت . فله الزرع والغرس والبناء كيف شاء . قاله فى الرعاية الكبرى وغيره . واختاره الشيخ تقى الدين كما تقدم .

وتقدم إذا قال : إن زرعتها كذا فبكذا ، و إن زرعتها كذا فبكذا . عند قوله « إن خطته روميا فبكذا ، و إن خطته فارسياً فبكذا » .

وتقدم بعض أحكام الزرع ، والغرس ، والبناء فى الباب عند قوله « و إجارة أرض معينة : لزرع كذا أو غرس ، أو بناء معلوم » فليعاود . فإن عادة المصنفين ذكره هنا .

قوله ﴿ فَإِنْ فَعَلَ فَعَلَيْهِ أُجْرَةُ المِثْلِ ﴾

يعنى : إذا فعل مالايجوز فعله من زرع ، و بناء ، وغرس ، وركوب ، وحمل ، ونحوه . فقطع المصنف : أن عليه أجرة المثل . يعنى للجميع . وهو اختيار أبى بكر قاله القاضى .

واختاره أيضاً ابن عقيل ، والمصنف ، والشارح . وجزم به فى العمدة ، والشرح ، وشرح ابن منجا . وقدمه فى الفائق .

والصحيح من المذهب : أنه يلزمه المسمى ، مع تفاوتهما فى أجرة المثل . نص عليه . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الفروع ، والمحرر . وهو قول الخرقى ، والقاضى ، وغيرهما .

وكلام أبى بكر فى التنبيه موافق لهذا . قاله فى القواعد .

وقال فى الرعاية الكبرى : وإن أجرها للزرع ، فغرس أو بنى : لزمه أجرة المثل . وإن أجرها لغرس أو بناء لم يملك الآخر . فإن فعل فأجرة المثل .

وإن أجرها لزرع شعير لم يزرع دخنا . فإن فعل غرم أجرة المثل للكل .

وقيل : بل المسمى ، وأجرة المثل لزيادة ضرر الأرض .

وقيل : هو كغاصب . وكذا لو أجرها لزرع قمح فزرع ذرة ودخنا . انتهى . ذكره متفرقا .

واستثنى المصنف ـ وتبعه الشارح ، واقتصر عليه الزركشى ـ من محل الخلاف : لو اكترى لحمل حديد . فحمل قطنا ، أو عكسه : أنه يلزمه أجرة المثل بلا نزاع .

قوله ﴿ وَإِنْ اكْتَرَاهَا لِحُمُولَةِ شَيْءٍ فَزَادَ عَلَيْهِ ، أَوْ إِلَى مَوْضِعٍ ، فَجَاوَزَهُ . فَعَلَيْهِ الأُجْرَةُ المذْكُورَةُ ، وَأُجْرَةُ المِثْلِ لِلزَّائِدِ ﴾

ذكره الخرقى . وهو المذهب . جزم به فى المحرر ، والعمدة ، وتجريد العناية . وقطع به الأصحاب فى الثانية .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

وقال أبو بكر : عليه أجرة المثل للجميع . جزم به فى الوجيز .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف : أن أبا بكر قاله فى المسألتين ، أعنى : إذا اكتراها لحمولة شىء فزاد عليه ، أو إلى موضع فجاوزه .

والذى نقله القاضى عن أبى بكر، ونقله الأصحاب ـ منهم : المصنف فى المغنى، والشارح، وصاحب الفروع، وغيرهم ـ إنما هو فى مسألة من اكترى لحمولة شىء فزاد عليه فقط .

فلذلك قال الزركشى : ولا عبرة بما أوهمه كلام أبى محمد فى المقنع من وجوب أجرة المثل على قول أبى بكر فيما إذا اكترى لموضع فجاوزه، ولا ما اقتضاه كلام ابن حمدان من وجوب ما بين القيمتين على قول، وأجرة المثل على قول آخر . فإن القاضى قال : لايختلف أصحابنا فى ذلك . وقد نص عليه الإمام أحمد . انتهى .

والذى يظهر : أن المصنف تابع أبا الخطاب فى الهداية . فإنه ذكر كلام أبى بكر بعد المسألتين، إلا أن كلامه فى الهداية أوضح . فإنه ذكر مسألة أبى بكر أخيراً . والمصنف ذكرها أولا . فحصل الإيهام .

وقال المصنف فى المغنى، والشارح : وحكى القاضى أن قول أبى بكر فى مسألة من اكترى لحمولة شىء فزاد عليه : وجوب أجر المثل فى الجميع، وأخذه من قوله ـ فيمن استأجر أرضاً ليزرعها شعيراً فزرعها حنطة ـ فقال « عليه أجرة المثل للجميع؛ لأنه عدل عن المعقود عليه إلى غيره . فأشبه مالو استأجر أرضاً زرع أخرى »

قالا : فجمع القاضى بين مسألة الخرق ومسألة أبى بكر .

وقالا : ينقل قول كل واحد من إحدى المسألتين إلى الأخرى، لتساويهما فى أن الزيادة لا تتميز . فيكون فى المسألة وجهان .

قالا : وليس الأمر كذلك . فإن بين المسألتين فرقاً ظاهراً . وذكراه . انتهيا

قوله ﴿ وَإِنْ تَلِفَتْ ضَمِنَ قِيمَتَهَا ﴾ .

قال المصنف : ظاهر كلام الخرقى وجوب قيمتها إذا تلفت به، سواء تلفت فى الزيادة أو بعد ردها إلى المسافة، وسواء كان صاحبها مع المكترى أو لم يكن .

وقطع به فى المستوعب، والحاوى، والشرح وغيرهم .

قال فى الفروع : و يلزمه قيمة الدابة إن تلفت .

قال الزركشى : لما قال الخرقى : و إن تلفت فعليه أيضاً ضمانها ، يعنى : إذا تلفت فى مدة المجاوزة .

قال فى الوجيز : و إن تلفت ضمن قيمتها بعد تجاوز المسافة .

قال فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، وغيرهم : و إن تلفت فى حال زيادة الطريق ، فعليه كمال قيمتها .

وقال القاضى : إن كان المكترى نزل عنها ، وسلمها إلى صاحبها ليمسكها أو يسقيها فتلفت : فلا ضمان على المكترى .

وقال المصنف أيضاً : إذا تلفت فى حال التعدى ، ولم يكن صاحبها مع راكبها : فلاخلاف فى ضمانها بكمال قيمتها . وكذا إذا تلفت تحت الراكب ، أو تحت حمله وصاحبها معها .

فأما إن تلفت فى يد صاحبها ، بعد نزول الراكب عنها . فإن كان بسبب تعبها بالحمل والسير : فهو كما لو تلفت تحت الحمل والراكب . و إن تلفت بسبب آخر . فلاضمان فيها ، وقطع به فى الفروع وغيره .

قال فى القاعدة الثامنة والعشرين : ضمنها بكمال القيمة . ونص عليه فى الزيادة على المدة .

وخرج الأصحاب وجهاً بضمان النصف من مسألة الحد .

قوله ﴿ إلاّ أَنْ تَكُونَ فِي يَدِ صَاحِبِهَا . فَيَضْمَنُ نِصْفَ قِيمَتِهَا فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ﴾ .

وهما احتمالان مطلقان فى الهداية . وأطلقهما فى المذهب ، والمستوعب ، ومسبوك الذهب .

أحدهما : يضمن قيمتها كلها . وهو المذهب . وهو ظاهر كلام الخرقى ،

والقاضى فى التعليق ، والشريف ، وأبى الخطاب فى خلافيهما ، والشيرازى ، وابن البنا ، والمجد .

وقال أبو المعالى فى النهاية : هذا المذهب . وجزم به فى الوجيز ، والمجرد للقاضى . وقدمه فى الخلاصة ، والفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والشرح .

والوجه الثاني : يضمن نصف قيمتها فقط .

وقال فى التلخيص : إن تلفت بفعل الله : لم يضمن . وإن تلفت بالحمل : ففى تكميل الضمان وتنصيفه وجهان .

واختار فى الرعاية : أنه إن زاد فى الحمل : ضمن نصفها مطلقاً . وإن زاد فى المسافة : ضمن الكل إن تلفت حال الزيادة ، وإلا هدر .

وعن القاضى فى الشرح الصغير : لا ضمان عليه ألبتة .

وقال القاضى أيضاً : إن كان المكترى نزل عنها ، وسلمها لصاحبها ليمسكها أو يسقيها . فتلفت : لم يضمن . وإن هلكت ، والمكترى راكبها ، أو حمله عليها : ضمنها .

ووافقه فى المغنى ، والفروع على ذلك ، إلا أنهما استثنيا ما إذا تلفت فى يد مالكها بسبب تعبها من الحمل والسير كما تقدم .

قال فى التصحيح : يضمن نصف قيمتها فى أحد الوجهين . وفى الآخر : يضمن جميع قيمتها . وهو الصحيح إذا تلفت بسبب تعبها بالحمل والسير .

ويأتى نظير ذلك إذا زاد سوطا على الحد ، ومسائل أخرى هناك . فليراجع فى أوائل كتاب الحدود .

تنبيه : دخل فى قوله « إِذَا اكْتَرَاهَا لِحُمُولَةِ شَيْءٍ فَزَادَ عَلَيْهِ » . لو اكتراها ليركبها وحده فركبها معه آخر . فتلفت . وصرح به فى القواعد .

قوله « وَيَلْزَمُ لِلْمُؤَجِّرِ كُلُّ مَا يَتَمَكَّنُ بِهِ مِنَ النَّفْعِ ، كَزِمَامِ الْجَمَلِ

﴿ وَرَحْلِهِ وَحِزَامِهِ ، وَالشَّدِّ عَلَيْهِ ، وَشَدِّ الأَحْمَالِ وَالمحَامِلِ وَالرَّفْعِ وَالْحَطِّ ﴾

وكذلك كل مايتوقف النفع عليه . كتوطئة مركوب عادة ، والقائد والسائق وهذا كله بلا نزاع فى الجملة .

ولايلزم المؤجر المحمل والمظلة والوطاء فوق الرحل وحبل قران بين المحملين.

قال فى الترغيب : وعدل لقماش على مُكرِى إن كانت فى الذمة .

وقال المصنف ، والشارح : إنما يلزم المكرى ماتقدم ذكره إذا كان الكراء على أن يذهب معه المكترى . فأما إن كان على أن يتسلم الراكب البهيمة ليركبها بنفسه : فكل ذلك عليه . انتهيا .

قلت : الأولى أن يرجع فى ذلك إلى العرف والعادة . ولعله مرادهم .

فائدة : أجرة الدليل على المكترى ، على الصحيح . قدمه فى المغنى ، والشرح . وهو ظاهر ما قدمه فى الفروع .

وقيل : إن كان اكترى منه بهيمة بعينها فأجرة الدليل على المكترى ، وإن كانت الإجارة على حمله إلى مكان معين فى الذمة . فهى على المكرى ، وجزم به فى عيون المسائل . لأنه التزم أن يوصله .

وجزم به فى الرعاية الكبرى أيضاً .

قلت : ينبغى [أيضاً] أن يرجع فى ذلك إلى العرف والعادة .

تنبيه : مفهوم قوله ﴿ وَلُزُومُ البَعِيرِ لِيَنْزِلَ لِصَلاَةِ الفَرْضِ ﴾ .

أنه لا يلزمه ذلك لينزل لسنة راتبة . وهو صحيح . وهو المذهب . جزم به فى المغنى ، والشرح ، والفائق وغيرهم . وقدمه فى الفروع وغيره .

وقال جماعة من الأصحاب : يلزمه أيضاً .

فوائد

الأولى : يلزم المؤجر أيضاً : لزوم البعير إذا عرضت للمستأجر حاجة

لنزوله وتبريك البعير للشيخ الضعيف ، والمرأة والسمين ، وشبههم لركوبهم ونزولهم و يلزمه ذلك أيضاً لمرض طال . على الصحيح من المذهب . جزم به فى المغنى ، والشرح ، والرعاية الـكبرى ، وشرح ابن رزين .

وقيل : لا يلزمه . وأطلقهما فى الفروع .

الثانية : لا يلزم الراكب الضعيف والمرأة المشى المعتاد عند قرب المنزل .

وهل يلزم غيرهما ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والفروع .

أحدها : لا يلزمه . وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب . وقدمه ابن رزين فى شرحه . وهو الصواب . لـكن المروءة تقتضى فعل ذلك .

والثانى : يلزمه .

قال فى الرعاية الـكبرى : وإن جرت العادة بالنزول فيه ، والمشي : لزم الراكب القوى فى الأقيس .

قلت : و يتوجه أن يرجع فى ذلك إلى العرف .

الثالثة : لو اكترى جملا ليحج عليه . فله الركوب إلى مكة ومن مكة إلى عرفة ، والخروج عليه إلى منى ليالى منى لرمى الجمار . قاله المصنف ، والشارح ، وقدماه . وقالا الأولى : أن له ذلك . وقدمه ابن رزين فى شرحه . وقيل : ليس له الركوب إلى منى . لأنه بعد التحلل من الحج . وأطلقها فى الرعاية .

وأما إن اكترى إلى مكة فقط . فليس له الركوب إلى الحج على الصحيح من المذهب . لأنها زيادة . على الصحيح من المذهب ، لما قدمه فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن رزين .

وتقدم فى أول الباب : اشتراط ذكر المركوب ، والراكب ، والمحمول ، وأحكام ذلك . فليراجع .

الرابعة : قوله ﴿ فَأَمَّا تفريغُ البالُوعَةِ والـكَنيفِ : فَيلْزَمُ المسْتَأْجِرَ إذَا تَسلَمَهَا فَارِغَةً ﴾ بلا نزاع .

قلت : يتوجه أن يرجع فى ذلك إلى العرف .

وكذا تفريغ الدار من القمامة والزبل ونحوها . ويلزم المكرى تسليمها منظفة ، وتسليم المفتاح . وهو أمانة مع المستأجر .

وعلى المستأجر : البكرة ، والحبل ، والدلو .

قوله ﴿ وَالإِجَارَةُ عَقْدٌ لاَزِمٌ مِنَ الطَّرَفَيْنِ . لَيْسَ لِأَحَدِهِمَا فَسْخُهَا ، وَإِنْ بَدَا لَهُ قَبْلَ تَقَضِّى الْمُدَّةِ ، فَعَلَيْهِ الأُجْرَةُ ﴾ .

الإجارة عقد لازم يقتضى تمليك المؤجر الأجرة ، والمستأجر المنافع . فإذا فسخها المستأجر قبل انقضاء المدة لم تنفسخ . ولا يجوز للمؤجر التصرف فيها فى حال كون يد المستأجر عليها .

فإن تصرف فيها قبل انقضاء المدة ، مثل أن يسكن المالك الدار ، أو يؤجرها لغيره : لم تنفسخ الإجارة . على الصحيح من المذهب . وعلى المستأجر جميع الأجرة وله على المالك أجرة المثل لما سكن أو تصرف فيه .

قلت : وهو الصواب . وإليه ميل المصنف ، والشارح .

فعلى هذا : إن كانت أجرة المثل الواجبة على المالك بقدر الأجرة المسماة فى العقد : لم يجب على المستأجر شىء . وإن فضلت منه فضلة لزمت المالك للمستأجر ويحتمل أن ينفسخ العقد فيما استوفاه المالك ، وهما احتمالان مطلقان فى المغنى ، والشرح ، والزركشى .

وأما إذا تصرف المالك قبل تسليمها ، أو امتنع منه حتى انقضت المدة : فإن الإجارة تنفسخ وجهاً واحداً . قاله المصنف ، والشارح .

وإن سلمها إليه فى أثناء المدة انفسخت فيما مضى . وتجب أجرة الباقى بالحصة .

وقال فى الرعاية الكبرى : وإن أبى المؤجر تسليم ماأجره ، أو امتنع مستأجر الانتفاع به كل المدة . فله الفسخ مجاناً .

وقيل : بل يبطل العقد مجاناً .

وقيل : إن كانت المدة معينة بطل ، وإلا فله الفسخ مجاناً .

قوله ﴿ وَإِنْ حَوَّلَهُ المَالِكُ قَبْلَ تَقَضِّيهَا لَمْ يَكُنْ لَهُ أُجْرَةٌ لَمَا سَكَنَ نَصَّ عَلَيْهِ ﴾ .

وهو المذهب المنصوص عن الإمام أحمد ، وعليه الأصحاب . قاله الزركشي وغيره . وهو من المفردات .

ويحتمل أن له من الأجرة بقسطه . واختاره فى الفائق .

ويأتى إذا غصبها مالكها عند قوله « إذا غصبت العين » .

فائدة : وكذا الحكم لو امتنع الأجير من تكميل العمل . قاله فى التلخيص وغيره .

قال المصنف ، والشارح ، وغيرهما : والحكم فيمن اكترى دابة فامتنع المكرى من تسليمها فى بعض المدة ، أو أجره نفسه أو عبده للخدمة مدة ، وامتنع من إتمامها ، أو أجره نفسه لبناء حائط ، أو خياطة ثوب ، أو حفر بئر . أو حمل شيء إلى مكان ، وامتنع من إتمام العمل مع القدرة عليه : كالحكم فى العقار يمنع من تسليمه . انتهيا .

قال فى الرعاية : وكذا الخلاف والتفصيل إن أبى الأجير الخاص العمل أو بعضه ، كالمدة أو بعضها ، أو أبى مستأجر العبد والبهيمة والجمال الانتفاع بهم كذلك ، ولا مانع من الأجير والمؤجر . انتهى .

وقال فى القاعدة الخامسة والأربعين : إذا استأجره لحفظ شيء مدة . فحفظه فى بعضها ثم ترك : فهل تبطل الإجارة ؟ فيه وجهان .

قال ابن المنى : أصحهما لاتبطل . بل يزول الاستئمان . ويصير ضامناً .

وفى مسائل ابن منصور عن الإمام أحمد : إذا استأجر أجيراً شهراً معلوماً . فجاء إليه فى نصف ذلك الشهر : أن للمستأجر الخيار .

والوجه الثانى : يبطل العقد . فلا يستحق شيئاً من الأجرة بناء على أصلنا فيمن امتنع من تسليم بعض المنافع المستأجرة : أنه لا يستحق أجرة . بذلك أفتى ابن عقيل فى فنونه . انتهى .

قوله ﴿ وَإِنْ هرَبَ الأَجِيرُ حَتَّى انْقَضَتِ المدَّةُ : انفَسَخَتِ الإِجَارَةُ . وَإِنْ كَانَ عَلَى عمَلٍ : خُيِّرَ المسْتَأْجِرُ بَيْنَ الفَسْخِ وَالصَّبْرِ ﴾ .

إذا هرب الأجير ، أو شردت الدابة ، أو أخذ المؤجر العين وهرب بها ، أو منعه استيفاء المنفعة منها من غير هرب : لم تنفسخ الإجارة . و يثبت له خيار الفسخ .

فإن فسخ فلا كلام . و إن لم يفسخ ، وكانت الإجارة على مدة : انفسخت بمضيها يوماً فيوماً . فإن عادت العين فى أثنائها استوفى ما بقى ، و إن انقضت انفسخت .

و إن كانت على موصوف فى الذمة . كخياطة ثوب ونحوه ، أو حمل إلى موضع معين : استؤجر من ماله من يعمله . فإن تعذر فله الفسخ . فإن لم يفسخ فله مطالبته بالعمل .

و إن هرب قبل إكمال عمله ملك المستأجر الفسخ والصبر ، كمرضه . قدمه فى الرعايتين ، والفائق ، والحاوى الصغير .

وقيل : يكترى عليه من يقوم به . فإن تعذر فله فسخها .

و إن فرغت مدته فى هر به فله الفسخ . قدمه فى الفائق ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

وقيل : تنفسخ هى . وهو الذى قطع به المصنف هنا .

قوله ﴿وَإِنْ هَرَبَ الجَمَّالُ أَوْ مَاتَ وَتَرَكَ الجِمَالَ أَنفقَ عَلَيْهَا الحَاكِمُ مِنْ مَالِ الجَمَّالِ ، أَوْ أَذِنَ لِلمُسْتَأْجِرِ فِى النَّفَقَة . فَإِذَا انقَضَتَ الإِجَارَة بَاعَها الحَاكِمُ وَوَفَّى المُنفِقَ وَحَفِظَ بَاقِي ثَمَنِهَا لِصَاحِبِهِ ﴾ .

إذا أنفق المستأجر على الجمال – والحالة ماتقدم – بإذن حاكم : رجع بما أنفقه بلا نزاع . و إن لم يستأذنه ونوى الرجوع . ففيه الروايتان اللتان فيمن قضى ديناً عن غيره بغير إذنه ، على ماتقدم فى باب الضمان . والصحيح منهما : أنه يرجع .

قال فى القواعد : ومقتضى طريقة القاضى : أنه يرجع رواية واحدة .

ثم إن الأكثرين اعتبروا الإشهاد على نية الرجوع .

وفى المغنى وغيره : وجه أنه لايعتبر .

قال فى القواعد : وهو الصحيح . انتهى .

وحكم موت الجمال حكم هربه ، على الصحيح من المذهب . كما قال المصنف

وقال أبو بكر : مذهب الإمام أحمد : أن الموت لا يفسخ الإجارة . وله أن يركبها ، ولا يسرف فى علفها ولا يقصر . ويرجع بذلك .

قوله ﴿ وَتَنْفَسِخُ الإجَارَةُ بِتَلَفِ العَيْنِ المَعْقُودِ عَلَيْهَا ﴾ .

سواء تلفت ابتداء أو فى أثناء المدة . فإذا تلفت فى ابتداء المدة انفسخت . و إن تلفت فى أثنائها انفسخت أيضاً فيما بقى فقط ، على الصحيح من المذهب . جزم به فى المغنى ، والشرح ، والمحرر ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع وغيره .

وقيل : تنفسخ أيضاً فيما مضى . ويقسط المسمى على قيمة المنفعة . فيلزمه بحصته .

نقل الأثرم فيمن اكترى بعيراً بعينه فمات ، أو انهدمت الدار : فهو عذر . يعطيه بحساب ما ركب .

وقيل : يلزمه بحصته من المسمى .

وقيل : لا فسخ بهدم دار . فيخير .

ويأتى حكم الدار إذا انهدمت فى كلام المصنف بعد هذا . وكلامه هنا أعم .

وعنه : لاتنفسخ بموت المرضعة . ويجب فى مالها أجرة من يرضعه . اختاره أبو بكر .

وأما موت المرتضع فتنفسخ به الإجارة قولاً واحداً . كما جزم به المصنف هنا .

قوله ﴿ وَتَنْفَسِخُ الإِجَارَةُ بِمَوْتِ الرَّاكِبِ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ فِي اسْتِيفَاءِ الْمَنْفَعَةِ ﴾ .

هذا إحدى الروايتين . اختاره المصنف ، والشارح . وجزم به فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، وشرح ابن منجا ، والوجيز.

والصحيح من المذهب : أن الإجارة لاتنفسخ بموت الراكب مطلقاً . قدمه فى الفروع .

قال فى المحرر وغيره : لاتنفسخ بالموت .

قال الزركشى هذا : المنصوص . وعليه الأصحاب ، إلا أبا محمد .

قوله ﴿ وَإِنْ أَكْرَى دَارًا فَانْهَدَمَتْ : انْفَسَخَتْ الإِجَارَةُ فِيمَا بَقِيَ مِنَ الْمُدَّةِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ﴾ .

وهو المذهب . صححه فى المغنى ، والشرح ، والتصحيح . وجزم به ابن أبى موسى ، والشيرازى ، وابن البناء ، وصاحب الوجيز ، وغيرهم . وهو ظاهر كلام الخرقى . وقدمه فى الفروع ، والفائق ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

والوجه الثانى لا تنفسخ . و يثبت للمستأجر خيار الفسخ . وهو رواية عن الإمام أحمد . اختاره القاضى .

قال فى التلخيص : لم تنفسخ . على أصح الوجهين .

وقيل : تنفسخ فيما بقى وفيما مضى . ذكره فى الرعاية الكبرى .

قوله ﴿ أَوْ أَرْضًا لِلزَّرْعِ ، فَانْقَطَعَ مَاؤُهَا : انْفَسَخَتِ الإِجَارَةُ فِيمَا بَقِيَ مِنَ الْمُدَّةِ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ﴾ .

وهو المذهب . صححه فى المغنى ، والشارح ، والتصحيح . وجزم به فى الوجيز وقدمه فى الفائق ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير .

والوجه الثانى : لاتنفسخ . وللمستأجر خيار الفسخ . اختاره القاضى . وجزم به فى التلخيص فى موضع .

وقال فى موضع آخر : لم تنفسخ على أصح الوجهين . وقدمه فى الرعاية الكبرى .

فائدة : لو أجر أرضاً بلا ماء : صح . فإن أجرها وأطلق . فاختار المصنف الصحة ، إذا كان المستأجر عالماً بحالها وعدم مائها . وقدمه فى المغنى ، والشرح .

وقيل : لا يصح . وجزم به ابن رزين فى شرحه ، وأطلقهما فى الفروع .

وإن ظن المستأجر إمكان تحصيل الماء ، وأطلق الإجارة : لم تصح . جزم به فى المغنى ، والشرح ، والفروع وغيرهم .

وإن ظن وجوده بالأمطار ، أو زيادة الأنهار : صح . على الصحيح من المذهب ، كالعلم . جزم به فى المغنى ، والتلخيص ، وغيرهما . وقدمه فى الفروع . وفى الترغيب ، والرعاية وجهان .

ومتى زرع فغرق ؛ أو تلف ، أو لم ينبت : فلا خيار له . وتلزمه الأجرة . نص عليه .

وإن تعذر زرعها لغرقها فله الخيار .

وكذا له الخيار لقلة ماء قبل زرعها أو بعده ، أو عابت بغرق يعيب به بعض الزرع .

واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله : أو بَرْد ، أو فأر ، أو عذر .

قال : فإن أمضي العقد فله الأرش ، كعيب الأعيان . وإن فسخ . فعليه القسط قبل القبض ، ثم أجرة المثل إلى كماله .

قال : ومالم يرو من الأرض فلا أجرة له اتفاقا ، وإن قال فى الإجارة : مقيلا ومراحًى ، أو أطلق . لأنه لايرد على عقد ، كأرض البرية .

قوله ﴿ وَلاَ تنفسِخُ ﴾ أَىْ الإجارَةُ ﴿ بِمَوْتِ المُكْرِى ، وَلاَ المُكْتَرِى ﴾

هذا المذهب مطلقاً فى الجملة . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم . منهم صاحب الوجيز . وقدمه فى الفروع وغيره .

قال الزركشى : هذا المذهب المنصوص . وعليه الأصحاب .

وتقدم رواية ـ اختارها جماعة ـ أنها تنفسخ بموت الراكب .

وتقدم رواية : لاتنفسخ الإجارة بموت المرضعة .

تنبيه : قال ابن منجا فى شرحه : فإن قيل : كيف الجمع بين قول المصنف « تنفسخ بموت الراكب » و بين قوله بعد « لا تنفسخ بموت المكرى ولا المكترى » ؟ قيل : يجب حمل قوله « لاتنفسخ بموت المكترى » على أنه مات وله وارث . وهناك صرح بأنها تنفسخ إذا لم يكن له من يقوم مقامه .

قلت : و يحتمل أنه قال هذا متابعة للأصحاب . وقال ذلك لأجل اختياره .

قوله ﴿ وَإِنْ غُصِبَتِ العَيْنُ : خُيِّرَ المسْتَأْجِرُ بَيْنَ الفَسْخِ وَمُطالَبَةِ الغَاصِبِ بِأُجْرَةِ المِثْلِ . فَإِنْ فَسَخَ فَعلَيْهِ أُجْرَةُ مَامَضَى ﴾ .

إذا غصبت العين فلا تخلو : إما أن تكون إجارتها لعمل أو لمدة . فإن كانت لعمل ، فلا تخلو : إما أن تكون الإجارة على عين موصوفة فى الذمة ، أو تكون على عين معينة .

فإن كانت على عين موصوفة فى الذمة وغصبت : لزمه بدلها . فإن تعذر كان له الفسخ .

و إن كانت على عين معينة . خير بين الفسخ والصبر إلى أن يقدر على العين المغصو بة فيستوفى منها .

و إن كانت إلى مدة : فهو مخير بين الفسخ والإمضاء وأخذ أجرة مثلها من غاصبها إن ضمنت منافع الغصب . و إن لم تضمن انفسخ العقد .

وقال فى الانتصار : تنفسخ تلك المدة . والأجرة للمؤجر لاستيفاء المنفعة على ملـكه . وأن مثله وطء مزوجة . و يكون الفسخ متراخياً .

فإذا لم يفسخ حتى انقضت مدة الإجارة كان له الخيار بين الفسخ والرجوع بالمسمى ، و بين البقاء على العقد ومطالبة الغاصب بأجرة المثل .

فإن ردت العين فى أثناء المدة ولم يكن فسخ : استوفى ما بقى منها . و يكون فيما مضى من المدة مخيراً ، كما ذكرنا . قاله فى المغنى ، والشرح ، وغيرهما .

فائدتان

إحداهما : لو كان الغـاصب هو المؤجر : لم يكن له أجرة مطلقاً . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . ونص عليه .

وقيل : حكمه حكم الغاصب الأجنبى . وهو تخريج فى المحرر وغيره .

وقال الزركشى : لو أتلف المستأجر العين ثبت ما تقـدم من الفسخ ، أو الانفساخ ، مع تضمين المستأجر ما أتلف .

ومثله : جَبُّ المرأة زوجها ، تضمن ولها الفسخ . انتهى .

قلت : يحتمل أن لافسخ لها .

وتقدم قريباً إذا حوله المالك قبل تقضى المدة .

وهذه المسألة من بعض صور تلك .

الثانية : لو حدث خوف عام يمنع من سـكنى المـكان الذى فيه العين المستأجرة ، أو حصر البلد ، فامتنع خروج المستأجر إلى الأرض : ثبت له خيار الفسخ

قال الخرقى : و إذا جاء أمر غالب يحجز المستأجر عن منفعة ماوقع عليه العقد فعليه من الأجرة بقدر مدة انتفاعه .

في كلامه أعم من كلام المصنف هنا . لأنه شمل الغصب وغيره . فلذلك استشهد به المصنف .

فإن كان الخوف خاصاً بالمستأجر ، كمن خاف وحده لقرب أعدائه من الموضع المأجور ، أو حلولهم في طريقه : لم يملك الفسخ . وكذا الحكم لو حبس أو مرض .

قوله ﴿ وَمَنِ اسْتُؤْجِرَ لِعَمَلِ شَيْءٍ ، فَمَرِضَ : أُقِيمَ مَقَامَهُ مَنْ يَعْمَلُهُ وَالأُجْرَةُ عَلَى الْمَرِيضِ ﴾ .

مراده : إذا استأجره لعمل في الذمة ، كخياطة و بناء ونحوهما . ومراده : إذا لم يشترط عليه مباشرته . فإن شرط عليه مباشرته . لم يقم غيره مقامه .

وكذا لو كانت الإجارة على عينه في مدة أو غيرها فمرض : لم يقم غيره مقامه . لأن الإجارة وقعت على عمله بعينه . لا على شيء في ذمته .

وقال المصنف ، والشارح : لو كان العمل في الذمة واختلف القصد — كاستئجاره لنسخ كتاب — لم يكلف الأجير إقامة غيره مقامه . ولا يلزم المستأجر قبول ذلك إن بذله الأجير . لأن الغرض يختلف .

فإن تعذر عمل الأجير فللمستأجر الفسخ .

وتقدم التنبيه على ذلك أيضاً عند قوله «الضرب الثاني عقد على منفعة في الذمة »

قوله ﴿ وَإِنْ وَجَدَ الْعَيْنَ مَعِيبَةً ، أَوْ حَدَثَ بِهَا عَيْبٌ فَلَهُ الْفَسْخُ ﴾ .

مراده ومراد غيره : إن لم يزل العيب بلا ضرر يلحقه . فإن زال سريعاً بلا ضرر فلا فسخ .

تنبيه : ظاهر كلامه : أنه ليس له إلا الفسخ أو الإمضاء مجاناً . وهو صحيح . وهو المذهب . أطلقه الأصحاب . وصرح به ابن عقيل ، والمصنف ، وغيرهما .

وقيل : يملك الإمساك مع الأرش . وهو تخريج للمصنف .

وقال فى المحرر — وتبعه فى الفروع ، وغيره — وقياس المذهب : له الفسخ أو الإمساك مع الأرش . وجزم به فى المنور .

قال ناظم المفردات — بعد ذكر مسألة عيب المبيع : وأنه بالخيرة .

كذاك مأجور ، قياس المذهب   قد قاله الشيخان ، فافهم مطلبى

فهذا من المفردات أيضاً .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : إن لم نقل بالأرش . فورود ضعفه على أصل الإمام أحمد رحمه الله بين . وتقدم التنبيه على هذا فى الخيار فى العيب ، بعد قوله « ومن اشترى معيباً لم يعلم عيبه » .

فوائد

إحداها : العيب هنا : مايظهر به تفاوت الأجرة .

الثانية : لو لم يعلم بالعيب حتى فرغت المدة لزمه الأجرة كاملة . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . وخرج المصنف لزوم الأرش .

قلت : وهو الصواب . لا سيما إذا كان دلسه .

الثالثة : قال فى الترغيب : لو احتاجت الدار تجديداً . فإن جدد المؤجر وإلا كان للمستأجر الفسخ . ولو عمر فيها المستأجر بدون إذنه لم يرجع به . نص عليه فى غَلَق الدار إذا عمله الساكن . ويحتمل الرجوع بناء على مثله فى الرهن .

قلت : بل أولى . وحكى فى التلخيص : أن المؤجر يجبر على الترميم بإصلاح مكسر ، وإقامة مائل .

قلت : وهو الصواب .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : المستأجر مطالبة المؤجر بالعمارة التى يحتاج إليها المسكان المأجور . فإن كان وقفاً فالعمارة واجبة من وجهين ، من جهة أهل الوقف ، ومن جهة حق المستأجر . انتهى .

وليس له إجباره على التجديد . على الصحيح من المذهب . وقيل : بلى .

الرابعة : لو شرط عليه مدة تعطيلها أو أن يأخذ بقدر مدة التعطيل بعد المدة ، أو شرط عليه العمارة ، أو جعلها أجرة : لم يصح . ومتى أنفق بإذن على الشرط أو بناء رجع بما قال المؤجر . ذكره المصنف ، والشارح ، وهو ظاهر ماقدمه فى الفروع .

وذكر فى الترغيب وغيره : فى الإذن يرجع بما قال المستأجر ، كما لو أذن له حاكم فى نفقته على جمال هرب مؤجرها .

قلت : وهو الصواب . لأنه كالوكيل .

قوله ﴿ وَيَجُوزُ بَيْعُ العَيْنِ المُسْتَأْجَرَةِ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه فى رواية جعفر بن محمد . وعليه الأصحاب . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والمغنى . والخلاصة ، والمحرر ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقيل : لايصح بيعها . قال فى الرعاية : وخرج منع البيع .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : وظاهر كلامه فى رواية الميمونى : أنه إذا باع العين المؤجرة ، ولم يبين أنها مستأجرة : أن البيع لا يصح . ووجهه : أنه باع ملكه وملك غيره . فهى مسألة تفريق الصفقة .

فعلى المذهب : إذا لم يعلم المشترى بذلك ، ثم علم : فله الفسخ أو الإمضاء مجانا . على الصحيح . جزم به فى المغنى ، والشرح . وقدمه فى الفروع .

وقال فى الرعايتين ، والحاوى الصغير : له الفسخ أو الإمضاء مع الأرش .

قال الإمام أحمد رحمه الله : هو عيب .

قلت : وهو الصواب . وجزم به فى الفائق .

وقال : قلت : فلو كانت الأرض مشغولة ببناء غيره أو زرعه وغراسه ، فقال شيخنا : يصح العقد حالا . وهو المختار . انتهى .

فائدتان

إحداهما : مثل ذلك فى الحكم لو كانت مرهونة . وتقدم ذلك فى بابه .

الثانية : لو باع الدار التى تستحق المعتدة للوفاة سكناها ، وهى حامل . فقال المصنف : لايصح بيعها . لأن المدة الباقية إلى حين وضع الحمل مجهولة .

قلت : فيعايى بها . وقال المجد : قياس المذهب : الصحة .

قلت : وهو الصواب . ويأتى ذلك أيضاً فى عدة الوفاة .

قوله ﴿ إلاَّ أَنْ يَشْتَرِيَهَا الْمُسْتَأْجِرُ فَتَنْفَسِخ ، عَلَى إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ ﴾ .

وهما وجهان عند أكثر الأصحاب . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والهادى ، والكافى ، والمغنى ، والتلخيص ، والشرح ، والفروع ، والفائق

إحداهما : لاتنفسخ . وهو المذهب . صححه فى التصحيح .

قال فى القاعدة الخامسة والثلاثين : وهو الصحيح . اختاره القاضى ، وابن عقيل ، والأكثرون . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الرعاية الكبرى .

والرواية الثانية : تنفسخ . قال فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير : انفسخت الإجارة على الأصح . قال فى الخلاصة : انفسخت فى الأصح .

قال فى الرعاية الكبرى : وعنه تبطل الإجارة بالشراء ، ويرجع المشترى بأجرة مابقى من المدة إن كان المؤجر أخذه ، وإلا سقط من الثمن بقدره بشرطه . انتهى .

فعلى المذهب : لو أجرها لمؤجرها صح .

وعلى الثانية : لايصح .

فعلى الأولى : تكون الأجرة باقية على المشترى . وعليه الثمن ، ويجتمعان للبائع . كما لو كان المشترى غيره .

فوائد

إحداها : حكم ماورثه المستأجر حكم ما اشتراه . على الصحيح من المذهب ، وعليه أكثر الأصحاب ، وقطعوا به .

قال القاضي في الخلاف : هذا المذهب .

وقال في المجرد : تنفسخ . لأن الملك بالإرث قهري . وأيضاً فقد ينبني على أن المنافع المستأجرة : هل تحدث على ملك المؤجر ، ثم تنتقل إلى ملك المستأجر ؟

فإن قلنا بذلك : فلا معنى لحدوثها على ملكه وانتقالها إليه .

هذا إذا كان ثَمَّ وارث سواه . فأما إذا لم يكن له وارث سواه فلا معنى لاستحقاق العوض على نفسه ، إلا أن يكون على أبيه دين لغيره ، وقد مات مفلساً بعد أن أسلفه الأجرة .

الثانية : لو ملك المستأجر العين بهبة ، فهو كما لو ملكها بالشراء . صرح به المجد في مسودته على الهداية . ذكره في القاعدة الخامسة والثلاثين .

الثالثة : لو وهبت العين المستعارة للمستعير بطلت العارية . ذكره القاضي ، وابن عقيل . واقتصر عليه في القواعد . لأنه عقد غير لازم .

قوله ﴿ وَلاَ ضَمانَ عَلَى الْأَجِيرِ الْخاصِّ . وَهُوَ الَّذِى يُسَلِّمُ نَفْسَهُ إِلَى الْمُسْتَأْجِرِ ﴾ .

يعني : لعمل معلوم مباح فيما يتلف بيده .

فقول المصنف في حده « هو الذي يسلم نفسه إلى المستأجر » هو أحد الوجهين . ذكرهما في الرعاية الصغرى . وقطع به في الهداية ، والمذهب ، والخلاصة والفائق ، والرعاية الكبرى .

والصحيح من المذهب : أن الأجير الخاص هو الذي يؤجر نفسه مدة معلومة يستحق المستأجر نفعها في جميعها ، سواء سلم نفسه إلى المستأجر أو لا . جزم به في

المغنى ، والشرح ، والمحرر ، والمستوعب ، والفروع ، والحاوى الصغير ، وغيرهم . وقدمه فى الرعاية الصغرى .

والذى يظهر لى : أن المسألة قولا واحدا ، وأن صاحب الرعاية الصغرى رأى بعضهم ذكر العبارة الأولى ، وذكر بعضهم العبارة الثانية . فظن أنهما قولان .

والعذر لمن قال : هو الذى يسلم نفسه إلى المستأجر : أنه الواقع فى الغالب . فأناط الحكم بالغالب ، لأن الذى يؤجر نفسه مدة ولم يسلمها إلى المستأجر لا يسمى أجيراً خاصاً . فإن المعنى الذى سمى به يشمله .

اللهم إلا أن يعثر على أحد من الأصحاب بين ذلك . وذكر علة كل قول .

إذا علمت ذلك ، فالصحيح من المذهب : أنه لايضمن ماتلف بيده بشرطه . نص عليه .

قال فى الفروع : لا يضمن جنايته فى المنصوص . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الرعاية الكبرى .

قال الزركشى : وعليه الأصحاب . ونص عليه فى رواية جماعة .

وقيل : يضمن . اختاره ابن أبى موسى فى الإرشاد . وحكى فيه عن الإمام أحمد رواية بتضمينه ماتلف بأمر خفى لايعلم إلا من جهته ، كما يأتى فى الأجير المشترك وقال فيه : لايضمن ماهلك بغير فعله . قولا واحداً . إذا كانت فى بيت المستأجر .

وقال : لافرق بين الأجير الخاص والمشترك .

تنبيه : قوله « إلاَّ أَنْ يَتَعَدَّى »

قال فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم « إلا أن يتعمد » .

وقال جماعة من الأصحاب ـ منهم ابن حمدان ـ فى رعايتيه « إلا أن يتعمد أو يفرطا » .

فائدتان

إحداهما : ليس له أن يستنيب فيما يعمله . وله فعل الصلوات الخمس فى أوقاتها بسننها ، وصلاة الجمعة ، والعيدين .

الثانية : ليس له أن يعمل لغيره فى مدة المستأجر . فإن عمل وأضر بالمستأجر فله قيمة مافوته . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع ، والرعاية الكبرى.

وقيل : يرجع بقيمة ماعمله لغيره . وهو احتمال فى الرعاية .

وقال القاضى : يرجع بالأجرة التى أخذها من غير مستأجره .

قوله ﴿ وَيَضْمَنُ الْأَجِيرُ الْمُشْتَرَكُ مَاجَنَتْ يَدُهُ مِنْ تَخْرِيقِ الثَّوْبِ وَغَلَطِهِ فِي تَفْصِيلِهِ ﴾ .

الأجير المشترك : هو الذى يقع العقد معه على عمل معين . فيضمن ما جنت يده من تخريق الثوب وغلطه فى تفصيله ، وزلق الحمال والسقوط عن دابته . وكذا الطباخ ، والخباز ، والحائك ، وملاح السفينة ، ونحوهم .

ويضمن أيضاً ماتلف بفعله مطلقاً . على الصحيح من المذهب . نص عليه فى رواية ابن منصور . وجزم به فى المحرر ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم . وقدمه فى الكافى ، والمغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والفروع ، والفائق ، والهداية ، والمذهب ، والخلاصة وغيرهم .

وصرح به القاضى فى التعليق فى أثناء المسألة وابن عقيل . واختاره المصنف وغيره .

وقيل : لايضمن مالم يتعد . وهو تخريج لأبى الخطاب .

قلت : والنفس تميل إليه .

وقيل : إن كان عمله فى بيت المستأجر أو يده عليه لم يضمن ، وإلا ضمن . واختاره القاضى ، وأصحابه . قاله فى الكافى . ونقله فى القاعدة الثامنة والتسعين عن القاضى ، واقتصر عليه .

وذكر القاضي أيضاً في تضمينه ثلاث روايات : الضمان ، وعدمه . والثالثة : لايضمن إذا كان غير مستطاع . كزلق ونحوه .

قلت : وهذا قوى .

قوله ﴿ وَلاَ ضَمانَ عَلَيْهِ فِيما تَلِفَ مِنْ حِرْزِهِ أَوْ بِغَيْرِ فِعْلِهِ ﴾ .

مرداه : إذا لم يتعد . وما قاله هو المذهب .

قال في الفائق : ولا يضمن ماتلف بغير فعل . ولو عدم من حرزه فلا ضمان في أصح الروايتين :

قال في الفروع : وماتلف بغير فعله ولا تعديه : لايضمنه في ظاهر المذهب .

قال ابن منجا في شرحه : هذا المذهب . ونصره المصنف ، والشارح وغيرهما .

قال الزركشي : هو المشهور ، والمنصوص عليه في رواية الجماعة . وهو اختيار الخرقي ، وأبي بكر ، والقاضي ، وأصحابه ، والشيخين . وجزم به في المحرر ، والوجيز ، والحاوي الصغير . وغيرهم . وقدمه في الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والرعايتين ، وغيرهم .

وعنه يضمن . وعنه رواية ثالثة : إن كان التلف بأمر ظاهر ــ كالحريق ، واللصوص ونحوهما ــ فلا ضمان . وإن كان بأمر خفي ــ كالضياع ــ فعليه الضمان . وأطلقهن في المستوعب .

قال في المستوعب ، والتلخيص : محل الروايات : إذا لم تكن يد المالك على المال . أما إن كانت يده على المال : فلا ضمان بحال .

قوله ﴿ وَلاَ أُجْرَةَ لَهُ فِيما عَمِلَ فِيهِ ﴾ .

هذا المذهب مطلقاً . وعليه أكثر الأصحاب . وهو ظاهر ماقطع به الخرقي ، وصاحب الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه في الفروع ، والرعايتين ، وغيرهم .

وقال فى المحرر : ولا أجرة له فيما عمل فيه إلا ماعمله فى بيت ربه . وقدمه فى الحاوى الصغير ، والفائق .

وعنه : له أجرة البناء لا غير . نص عليه فى رواية ابن منصور . وقطع به القاضى فى التعليق . قاله الزركشى .

وعنه : له أجرة البناء والمنقول إذا عمله فى بيت ربه .

وقال ابن عقيل فى الفنون : له الأجرة مطلقاً .

قلت : وهو قوى .

فائدة : لو استاجر أجير مشترك أجيراً خاصاً ـ كالخياط فى دكان يستأجر أجيراً خاصاً ـ فيستقبل المشترك خياطة ثوب ، ثم يدفعه إلى الأجير الخاص ، فخرقه أو أفسده : لم يضمنه الخاص ، ويضمنه الأجير المشترك لربه . قاله الأصحاب .

وإن استعان به ولم يعمل فله الأجرة . لأجل ضمانه ، لا لتسليم العمل . قاله فى الانتصار فى شركة الأبدان .

قوله ﴿ وَلاَ ضَمانَ عَلَى حَجّامٍ ولا خَتّانٍ وَلاَ بَزّاغٍ ـ وهو البيطار ـ وَلا طَبِيبَ إِذَا عُرِفَ مِنهُمْ حِذْقُ الصَّنْعَةِ . وَلَمْ تَجْنِ أَيْدِيهِمْ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وقال فى الرعاية ، وقلت : إن كان أحدهم أجيراً خاصاً أو مشتركا فله حكمه . وكذا قال فى الراعى .

وقال ابن أبى موسى : إن ماتت طفلة من الختان فديتها على عاقلة خاتنها . قضى بذلك عمر رضى الله عنه .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف وغيره من الأصحاب : أنه لا ضمان عليه ، سواء كان أجيراً خاصاً أو مشتركا . وهو صحيح . وقدمه فى الفروع وغيره .

واختار ابن عقيل فى الفنون : عدم الضمان فى الأجير المشترك لاغير . وقال :

لأنه الغالب من هؤلاء ، وأنه لو استؤجر لحلق رءوس يوماً فجنى عليها بجراحه ، لا يضمن ، كجنايته في قصارة وخياطة ونجارة .

واختار في الرعاية : أن كلا من هؤلاء له حكمه . إن كان خاصاً فله حكمه . وإن كان مشتركا فله حكمه . وكذا قال في الراعي .

فائدتان

إحداهما : يشترط لعدم الضمان في ذلك أيضاً ، وفي قطع سلعة ونحوه : إذن المكلف أو الولي فإن لم يأذنا ضمن . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . وقدمه في الفروع .

واختار في الهدى عدم الضمان . قال : لأنه محسن ، وقال : هذا موضع نظر .

الثانية : يجوز أن يستأجر طبيباً ، ويقدر ذلك بالمدة . لأن العمل غير مضبوط . ويبين قدر ما يأتي له : هل هو مرة أو أكثر ؟ ولا يجوز التقدير بالبُرْء عند القاضي . وجوزه ابن أبي موسى . واختاره المصنف . وقال : لكن يكون جعالة لا إجارة . انتهى .

فإن استأجره مدة يكحله أو يعالجه فيها ، فلم يبرأ : استحق الأجر . وإن برأ في أثناء المدة : انفسخت الإجارة فيما بقي . وكذا لو مات .

فإن امتنع المريض من ذلك — مع بقاء المرض — استحق الطبيب الأجر بمضي المدة .

فأما إن شارطه على البرء ، فهي جعالة . لا يستحق شيئاً حتى يوجد البرء . وله أحكام الجعالة .

وتقدم أن الصحيح من المذهب : جواز اشتراط الكحل على الطبيب . ويدخل تبعاً كنقع البئر .

قوله ﴿ وَلاَ ضَمَانَ عَلَى الرَّاعِي إِذَا لَمْ يَتَعَدِّ ﴾ بلا نزاع

فإن تعدى ضمن ، مثل أن ينام ، أو يغفل عنها ، أو يتركها تتباعد عنه ، أو تغيب عن نظره وحفظه ، أو يسرف فى ضربها ، أو يضربها فى غير موضع الضرب ، أو من غير حاجة إليه ، أو يسلك بها موضعاً تتعرض فيه للتلف . وما أشبه ذلك .

فائدتاد

إحداهما :لو أحضر الجِلْدونحوه ، مدعياً للموت : قبل قوله فى أصح الروايتين .

قاله المصنف ، والشارح ، والزركشى ، وصاحب الفائق ، وغيرهم .

وعنه : لا يقبل قوله إلا ببينة تشهد بموتها . وأطلقهما فى المستوعب وغيره .

ويأتى قريباً إذا ادعى موت العبد المأجور ، أو غيره ، أو مرضه .

الثانية : يجوز عقد الإجارة على ماشية معينة ، وعلى جنس فى الذمة .

فإن كانت الإجارة على معينة تعلقت الإجارة بأعيانها . فلا يجوز إبدالها . ويبطل العقد فيما تلف منها . والنماء فى يده أمانة كأصله . ولا يلزمه رعى سِخا لها . قاله الأصحاب .

ويحتمل أن لا تتعلق الإجارة بأعيانها . قاله المصنف وغيره .

وإن عقد على موصوف ، الذمة ، فلا بد من ذكر جنسه ، ونوعه ، وصغره وكبره ، وعدده . وهذا المذهب مطلقاً .

وقال القاضى : إن أطلق ، ولم يذكر عدداً : صح . ويحمل على ما جرت به العادة . كالمائة من الغنم ونحوها .

قال فى القاعدة الثانية والثمانين : لو وقع الاستئجار على رعى غنم غير معينة . كان عليه رعى سخا لها . لأن عليه أن يرعى ما يجرى العرف به مع الإطلاق . ذكره القاضى فى المجرد ، واقتصر عليه .

وتقدم فى أواخر المضاربة : هل يجوز رعيها بجزء من صوفها وغيره ؟

قوله ﴿ وَإِذَ حَبَسَ الصَّانِعُ الثَّوْبَ عَلَى أُجْرَتِهِ ، فَتَلِفَ : ضَمِنَهُ ﴾ .

هذا المذهب مطلقاً . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع وغيره .

وقيل : إن كان صبغه منه فله حبسه . وإن كان من ربه ، أو قصره : فوجهان .

وقال فى المنثور : إن خاطه ، أو قصره وعزله . فتلف بسرقة ، أو نار : فمن مالكه ، ولا أجرة له . لأن الصنعة غير متميزة . كقفيز من صبرة .

وإن أفلس مستأجره ، ثم جاء بائعه يطلبه . فللصانع حبسه .

قوله ﴿ وَإِنْ أَتْلَفَ الثَّوْبَ بَعْدَ عَمَلِهِ : خُيِّرَ مَالِكُهُ بَيْنَ تَضْمِينِهِ إِيَّاهُ غَيْرَ مَعْمُولٍ ، وَلاَ أُجْرَةَ لَهُ . وَبَيْنَ تَضْمِينِهِ إِيَّاهُ مَعْمُولاً . وَيَدْفَعُ إِلَيْهِ أُجْرَتَهُ ﴾ .

وهذا بلا خلاف . ويقدم قول ربه فى صفته معمولاً . ذكره ابن رزين .

فوائد

إحداها : مثل هذه المسألة : لو وجب عليه ضمان المتاع المحمول . فصاحبه مخير بين تضمينه قيمته فى الموضع الذى سلمه إليه ، ولا أجرة له ، وبين تضمينه إياه فى الموضع الذى أفسده . ويعطيه الأجر إلى ذلك المكان . قاله القاضى وغيره . وجزم به فى المغنى ، والشرح . وقدمه فى الفروع .

وقال أبو الخطاب : يلزمه قيمته موضع تلفه . وله أجرته إليه .

الثانية : مثل المسألة فى الحكم أيضاً : لو عمله على غير صفة ما شرطه عليه ، مثل أن يدفع إليه غزلا لينسج له عشرة أذرع فى عرض ذراع ، فينسجه زائداً فى الطول والعرض . قدمه فى الفروع .

وقال المصنف ، والشارح : له المسمى إن زاد الطول وحده . ولم يضر الأصل و إن جاء به زائداً فى العرض وحده ، أو فيهما . ففيه وجهان .

وأما إذا جاء به ناقصاً فى الطول والعرض ، أو فى أحدهما . فقيل : لا أجرة له . وعليه ضمان نقص الغزل .

وقيل : له حصته من المسمى . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والفروع .

وقال المصنف : و يحتمل إن جاء به ناقصاً فى العرض فلا شىء له . و إن جاء به ناقصاً فى الطول فله بحصته من المسمى .

الثالثة : لو دفع القصار الثوب إلى غير مالكه خطأ ضمنه .

قال الإمام أحمد رحمه الله : يضمن القصار ، ولا يسع المدفوع إليه لبسه إذا علم أنه ليس له . و يرده إلى القصار . و يطالبه بثوبه . فإن لم يعلم المدفوع إليه حتى قطعه : غرم أرش القطع ، على الصحيح من المذهب . وجزم به المصنف ، والشارح ، وابن حمدان ، والسامرى ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وعنه : لا يضمن . وقدمه فى القاعدة الخامسة والسبعين ، ومال إليه .

قال : و بعض الأصحاب حمل رواية ضمان القصار : على أنه كان أجيراً مشتركاً ، ورواية عدم ضمانه : على أنه أجير خاص . وأشار إلى ذلك القاضى فى المجرد . انتهى .

و إن تلف عند المدفوع إليه ضمنه . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع .

وعنه : لا يضمنه . كعجزه عن دفعه لمرض ونحوه . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح .

قوله ﴿ وَإِذَا ضَرَبَ المسْتَأْجِرُ الدَّابَّةَ بِقَدْرِ العَادَةِ أَوْ كَبَحَها ﴾ أى : جذبها لتقف ﴿ أَو الرَّائِضُ الدَّابة ﴾ وهو الذى يعلمها السير ﴿ لَمْ يَضْمَنْ مَا تَلِفَ بِه ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به فى المغنى ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع وغيره .

وقيل : يضمن . و يأتى فى كلام المصنف فى آخر كتاب الديات « لو أدب ولده ، أو امرأته فى النشوز ، أو المعلم صبيه ، أو السلطان رعيته ، ولم يسرف . فأفضى إلى تلفه » .

وتأديب الصبي ، والمرأة مذكور هنا فى بعض النسخ .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : أَذِنْتَ لِى فِى تَفْصِيلِهِ قِبَاءً . قَالَ : بَلْ قَمِيصًا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْخَيَّاطِ . نَصَّ عَلَيْهِ ﴾ .

لئلا يغرم نقصه مجاناً بمجرد قول ر به ، بخلاف الوكيل . وهذا المذهب .

قال فى التلخيص : القول قول الأجير فى أصح الروايتين . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والمحرر ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى المستوعب ، والمغنى ، والكافى ، والشرح ، والفائق ، وشرح ابن رزين ، وغيرهم .

وعنه : القول قول المالك . اختاره المصنف . قاله فى الفروع ، ولم أره . وظاهر الفروع : إطلاق الخلاف .

وعنه : القول قول من يشهد له الحال ، مثل أن يكون التفصيل لايلبسه المالك ، أو يلبسه .

قلت : وهو قوى .

وقيل : بالتحالف .

فعلى المذهب : له أجرة مثله . وعلى الثانية : لا أجرة له .

فوائد

الأولى : لو قال : إن كان الثوب يكفينى فاقطعه وفصله . فقال : يكفيك ففصله . فلم يكفه : ضمنه .

ولو قال : انظر . هل يكفينى قميصاً ؟ فقال : نعم . فقال : اقطعه . فقطعه فلم يكفه : لم يضمنه . جزم به فى المغنى ، والشرح ، والحاوى .

الثانية : لو ادعى مرض العبد ، أو إباقه ، أو شرود الدابة ، أو موتها ــ بعد فراغ المدة أو فيها ــ أو تلف المحمول : قبل قوله . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع . وقدمه فى الرعاية فى إباق العبد .

وعنه : القول قول ربه .

وقطع به فى المغنى فيما إذا ادعى مرض العبد وجاء به صحيحاً وقطع به فى الرعاية وفى الترغيب . فى داعواه التلف فى المدة : روايتان من دعوى راع تلفَ الشاة

واختار فى المبهج لا تقبل دعوى هرب العبد أول المدة .

وفى الترغيب : تقبل ، وأن فيه بعدها روايتين .

وتقدم قريباً لو أحضر الجلد مدعياً الموت .

الثالثة : يستحق فى المحمول أجرة حمله . ذكره فى التبصرة .

الرابعة : لو اختلفا فى قدر الأجرة . فحكمه حكم اختلافهم فى قدر الثمن فى البيع . نص عليه .

وكذا لو اختلفا فى قدر مدة الإجارة ، كالبيع . كقوله : أجرتك سنة بدينار . وقال : بل سنتين بدينارين .

وعلى القول بالتحالف : إن كان بعد فراغ المدة فعليه أجرة المثل ، لتعذر رده المنفعة . وفى أثنائها بالقسط .

قوله ﴿ وَتَجِبُ الْأُجْرَةُ بِنَفْسِ الْعَقْدِ ﴾ .

هذا المذهب ، سواء كانت إجارة عين أو فى الذمة . فيجوز له الوطء إذا كانت الأجرة أمة .

قال فى الفروع : ويتوجه فيه قبل القبض رواية . يعنى : بعدم الجواز .

فائدة : تستحق الأجرة كاملة بتسليم العين ، أو بفراغ العمل الذى بيد المستأجر ، أو ببذلها . على الصحيح من المذهب ، على ما يأتى فى كلام المصنف قريبا.

وعنه : تستحق الأجرة بقدر ما سكن .

وحمله القاضى على تركها لعذر . ومثله تركه تتمة عمله . وفيه فى الانتصار كقول القاضى . انتهى .

وله الطلب بالتسليم . ولا تستقر الأجرة إلا بمضى المدة بلا نزاع .

ولو بذل تسليم العين ، وكانت الإجارة على عمل فى الذمة . فقال الأصحاب : إذا مضت مدة يمكن الاستيفاء فيها : استقرت عليه الأجرة . نقله المصنف ، والشارح ، وغيرهما .

واختار المصنف : لا أجرة عليه . فقال فى المغنى : هذا أصح عندى . وأطلقهما فى الفروع .

قوله ﴿ إلاَّ أَنْ يَتَّفِقَا عَلَى تَأْخِيرِهَا ﴾ .

يجوز تأجيل الأجرة مطلقاً . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . وجزم به فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والوجيز ، والفائق ، وغيرهم من الأصحاب

وقيل : يجوز تأجيلها إذا لم تكن نفعا فى الذمة .

وقيل : يجوز قبضها فى المجلس أيضاً .

فعلى المذهب : تكون الأجرة فى الذمة غير مؤجلة ، بل ثابتة فى الحال ، وإن تأخرت المطالبة بها . صرح به القاضى فى تعليقه فى الجنايات ، فقال : الدين فى الذمة غير مؤجل ، بل ثابت فى الحال ، وإن تأخرت المطالبة به .

وحمل الزركشى كلام الخرقى فى الإجارة عليه . وقدر له تقديراً .

قلت : ظاهر كلام كثير من الأصحاب : خلاف ذلك ، كالمصنف هنا ، والخرقى وغيرهم .

ولا يلزم من كون القاضي ذكر ذلك أن يكون متفقاً عليه بين الأصحاب . فإن المسألة محتملة لما قاله القاضي ، ولما هو ظاهر كلام غيره .

فنقول : السبب وجد . والوجوب محله انتهاء الأجل . والله أعلم .

فائدة : لو أجلها فمات المستأجر : لم تحل الأجرة . وإن قلنا بحلول الدين بالموت . لأن حلها مع تأخير استيفاء المنفعة ظلم . قاله الشيخ تقي الدين رحمه الله .

وقال أيضا : ليس لناظر الوقف ونحوه تعجيلها كلها إلا لحاجة . ولو شرطه لم يجز . لأن الموقوف عليه يأخذ ما لا يستحقه الآن ، كما يفرقون في الأرض المحتكرة إذا بيعت وورثت . فإن الحكر من الانتقال ، يلزم المشتري والوارث . وليس لهم أخذه من البائع . وتركه في أصح قولهم .

قوله ﴿ وَلَا يَجِبُ تَسْلِيمُ أُجْرَةِ الْعَمَلِ فِي الذِّمَّةِ حَتَّى يَتَسَلَّمَهُ ﴾ .

إذا استؤجر على عمل ملكت الأجرة بالعقد أيضاً . لكن لا يستحق تسليمها إلا بفراغ العمل وتسليمه لمالكه . على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب ، على ما تقدم قريباً .

وقطع به الخرقي ، وصاحب المحرر ، والوجيز وغيرهم . وقدمه في المغني ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم .

وقال القاضي في تعليقه : يجب دفع الأجرة إلى الأجير إذا شرع في العمل . لأنه قد سلم نفسه لاستيفاء المنفعة . فهو كتسليم الدار المؤجرة .

قال في القاعدة الثامنة والأربعين : ولعله يخص ذلك بالأجير الخاص . لأن منافعه تتلف تحت يد المستأجر . فهو شبيه بتسليم العقار .

وقال ابن أبي موسى : من استؤجر لعمل استحق الأجر عند إيفاء العمل . فإن استؤجر في كل يوم بأجر معلوم . فله أجر كل يوم عند تمامه .

وحمله الزركشي على العرف . وكذا قال في القواعد .

وقال : وقد يحمل على ما إذا كانت المدة مطلقة غير معينة ، كاستئجاره كل

يوم بكذا . فإنه يصح . و يثبت له الخيار فى أجر كل يوم . فتجب له الأجرة فيه . لأنه غير ملتزم بالعمل فيما بعده . ولأن مدته لاتنتهى . فلايمكن تأخير إعطائه إلى تمامها ، أو على أن المدة المعينة إذا عين لـكل يوم فيها قسطاً من الأجرة ، فهى إجارات متعددة . انتهى .

وقال الزركشى ــ بعد كلامه على العرف ــ أصل المسألة : مافيه خلاف بين الأصحاب . انتهى .

وقال أبو الخطاب : تملك بالعقد ، وتستحق التسليم . وتستقر بمضى المدة .

فائدة : إذا انقضت المدة رفع المستأجر يده عن المأجور . ولم يلزمه الرد . على المذهب مطلقا . ولو تلف بعد تمكنه من رده لم يضمنه . جزم به فى التلخيص فى باب الوديعة . وجزم به فى الحاوى الصغير . وقدمه فى الفروع . لأن الإذن فى الانتفاع انتهى دون الإذن فى الحفظ . ومؤنته كمودع .

وقال القاضى فى التعليق : يلزمه رده بالطلب ، كعارية ، لا مؤنة العين ، وقال : أومأ إليه .

وقال فى الرعاية : يلزمه رده مع القدرة بطلبه . وقيل : مطلقا . و يضمنه مع إمكانه . قال : ومؤنته على ربه . وقيل : عليه .

قال فى التبصرة : يلزمه رده بالشرط . و يلزم المستعير مؤنة البهيمة عادة مدة كونها فى يده .

و يأتى حكم مؤنة ردها فى كلام المصنف فى العارية .

قوله ﴿ وَإِذَا انْقَضَتِ الإِجَارَةُ وَفِى الأَرْضِ غِرَاسٌ ، أَوْ بِنَاءٌ لَمْ يُشْتَرَطْ قَلْعُهُ عِنْدَ انْقِضَائِهَا : خُيِّرَ المَالِكُ بَيْنَ أَخْذِهِ بِالقِيمَةِ ، أَوْ تَرْكِهِ بِالأُجْرَةِ ، أَوْ قَلْعِهِ وَضَمَانِ نَقْصِهِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب من حيث الجملة . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، والفائق ، وغيرهم .

قال فى التلخيص : إذا اختار المالك القلع وضمان النقص ، فالقلع على المستأجر . وليس عليه تسوية الأرض . لأن المؤجر دخل على ذلك .

ولم يذكر جماعة من الأصحاب أخذه بالقيمة . منهم صاحب الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والتلخيص ، وزاد : كما فى عارية مؤقتة .

وقال في الفائق ، قلت : فلو كانت الأرض وقفاً : لم يجز التملك إلا بشرط واقف ، أو رضى مستحق الريع .

وقال فى الفروع : ولم يفرق الأصحاب بين كون المستأجر وقف مابناه أولا . مع أنهم ذكروا استئجار دار يجعلها مسجداً . فإن لم تترك بالأجرة ، فيتوجه أن لا يبطل الوقف مطلقا .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله ــ فيمن احتكر أرضاً بنى فيها مسجداً ، أو بناء وقفه عليه ــ : متى فرغت المدة وانهدم البناء : زال حكم الوقف . وأخذوا أرضهم فانتفعوا بها . وما دام البناء قائماً فيها فعليه أجرة المثل ، كوقف علو ربع أو دار مسجداً . فإن وَقْف علو ذلك لا يسقط حق مُلَّاك السفل . كذا وقف البناء لا يسقط حق ملاك الأرض . وذكر فى الفنون معناه .

قلت : وهو الصواب . ولا يسع الناس إلا ذلك .

تنبيهان

أحدهما : محل الخلاف فى هذه المسألة : إذا لم يقلعه المالك . على الصحيح . ولم يشترط أبو الخطاب ذلك .

قال فى القاعدة السابعة والسبعين : فلعله جعل الخيرة لمالك الأرض دون مالك الغراس والبناء . فإذا اختار المستأجر القلع كان له ذلك . ويلزمه تسوية الحفر . صرح به المصنف فى الكافى وغيره ، والشارح وغيرهما .

الثاني : يأتى فى باب الشفعة : كيف يُقَوَّم الغراس والبناء إذا أخذ من ر به . بعد قوله « وإن قاسم المشترى وكيل الشفيع » .

فوائد

إحداها : لو شرط فى الإجارة بقاء الغراس . فهو كإطلاقه . على الصحيح من المذهب . اختاره القاضي وغيره .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والفائق .

وقيل : يبطل . وهو احتمال للمصنف .

وقال فى الفائق : قلت : فلو حُكم ببقائه بعد المدة قسراً بأجرة مثله : لم يصادف محلا .

الثانية : لو غرس ، أو بنى مشتر ، ثم فسخ البيع بعيب : كان لرب الأرض الأخذ بالقيمة والقلع ، وضمان النقص ، وتركه بالأجرة . على الصحيح من المذهب . وقدمه فى الفروع وغيره .

وقال فى المحرر ، والرعاية ، والحاوى الصغير ، وغيرهم : له أخذه بقيمته ، أو قلعه وضمان نقصه .

وقال الحلوانى : ليس له قلعه .

وقيل : ليس له قلعه ، ولا أخذه بقيمته .

وتقدم إذا غرس المحجور عليه ، أو بنى ، ثم أخذت الأرض وحكمه فى بابه فى كلام المصنف .

وأما البيع بعقد فاسد إذا غرس فيه المشترى ، أو بنى : فالصحيح من المذهب : أن حكمه حكم المستعير إذا غرس أو بنى ، على مايأتى فى بابه . ذكره القاضي فى المجرد ، وابن عقيل فى الفصول ، والمصنف فى المغنى فى الشروط فى الرهن ، لتضمنه إذناً . وقدمه فى الفروع .

وقال صاحب المحرر : لا أجرة .

ويأتى فى باب الغصب : إذا غرس المشترى من الغاصب وهو لا يعلم بعض أحكام غرس الغاصب .

ويأتى أيضاً بعد ذلك فى كلام المصنف « إذا اشترى أرضاً فغرس فيها ثم خرجت مستحقة » مستوفى فى المكانين .

وقال القاضى فى المجرد : لو غارسه على أن الأرض والغراس بينهما . فله أيضاً تبقيته بالأجرة .

قال فى الفروع : ويتوجه فى الفاسد وجه كغصب . لأنهم ألحقوه به فى الضمان

الثالثة : قوله **﴿ وَإِنْ شَرَطَ قَلْعَهُ لَزِمَهُ ذَلِكَ ﴾** بلا نزاع .

لكن لا يجب على صاحب الأرض غرامة نقص الغراس والبناء ، ولا على المستأجر تسوية الحفر ، ولا إصلاح الأرض إلا بشرط .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ فِيهَا زَرْعٌ بَقَاؤُهُ بِتَفْرِيطِ الْمُسْتَأْجِرِ : فَلِلْمَالِكِ أَخْذُهُ بِالْقِيمَةِ ﴾ .

قال فى الرعاية ، وقيل : بنفقته **﴿ أَوْ تَرْكُهُ بِالْأُجْرَةِ ﴾** .

وهذا بلا نزاع .

وقال فى الرعاية ، قلت : وقلعه مجاناً . انتهى .

فهو كزرع الغاصب . قاله الأصحاب . نقله فى القواعد .

لكن لو أراد المستأجر قلع زرعه فى الحال ، وتفريغ الأرض : فله ذلك من غير إلزام له به . على الصحيح من المذهب . جزم به فى المغنى ، والشرح . وقدمه فى الفروع ، والقواعد . وهو المذهب . بلا ريب .

وقال القاضى وابن عقيل : يلزمه ذلك .

قال فى القواعد : وليس بجار على قواعد المذهب .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ تَفْرِيطٍ : لَزِمَهُ تَرْكُهُ بِالْأُجْرَةِ ﴾ .

يعني : له أجرة مثله لما زاد . بلا نزاع .

فائدة : لو اكترى أرضاً لزرع مدة لا يكمل فيها ، وشرط قلعه بعدها : صح . وإن شرط بقاءه ليدرك : فسدت بلا نزاع فيهما .

وإن سكت فسدت أيضاً ، على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع ، والرعاية الكبرى .

وقيل : يصح . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح .

وقال فى الرعاية الكبرى : يحتمل أنه إن أمكن أن ينتفع بها فى زرع ، ضرره كضرر الزرع المشروط أو دونه : صح العقد ، وإلا فلا . انتهى . وهو فى المغنى ، والشرح .

فعلى المذهب : لو زرع فيما شرط بقاؤه ليدرك : لزمه أجرة المثل .

وعلى القول بالصحة فيما إذا سكت : لو انقضت المدة والزرع باق ، فقيل : حكمه حكم زرع بقاؤه بتفريط المستأجر على ماتقدم .

وقدمه فى الرعاية الكبرى . فقال : وقيل : إن سكت : صح العقد . فإذا فرغت المدة والزرع باق ، فهو كمفرط . وقيل : لا . انتهى .

وقيل : حكمه حكم زرع بقاؤه بعد فراغ المدة من غير تفريط . على ماتقدم . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والفروع .

قوله ﴿ وَإِذَا تَسَلَّمَ العَيْنَ فِي الإِجَارَةِ الفَاسِدَةِ حَتَّى انْقَضَتِ المدَّة فَعَلَيْهِ أُجْرَةُ المِثْلِ ، سَكَنَ أَوَلَمْ يَسْكُنْ ﴾ .

هذا المذهب . جزم به فى الوجيز . وقدمه فى الفروع ، والفائق .

وقيل : لا أجرة عليه إن لم ينتفع . وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح .

وقال القاضى فى التعليق : يجب المسمى فى نكاح فاسد . فيجب أن نقول مثله فى الإجارة . وعلى أن القصد فيها العوض . فاعتبارها فى الأعيان أولى .

وقال فى الروضة : هل يجب المسمى فى الإجارة الفاسدة ، أم أجرة المثل — وهى الصحيحة — ؟ فيه روايتان .

فائدة : ظاهر كلام المصنف : أنه لا يلزمه أجرة إذا لم يتسلمها ولو بذلها له المالك . وهو صحيح . ولا خلاف فيه .

قوله ﴿ وَإِنِ اكْتَرَى بِدَرَاهِمَ ، وَأَعْطَاهُ عَنْهَا دَنَانِيرَ ، ثُمَّ انْفَسَخَ الْعَقْدُ : رَجَعَ الْمُسْتَأْجِرُ بِالدَّرَاهِمِ ﴾ .

لا أعلم فيه خلافاً . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، وغيرهم من الأصحاب . وتقدم نظير ذلك .

باب السبَق

قوله ﴿ يَجُوزُ المسَابقَةُ عَلَى الدَّوابّ ، وَالأَقْدَامِ ، وَسَائِرِ الْحَيَوَانَاتِ وَالسُّفُنِ ، وَالمَزَارِيقِ وَغَيْرِهَا ﴾ .

يعنى يجوز ذلك بلا عوض . وهذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وقال الآمدى : يجوز فى ذلك كله إلا بالحمام .

وقيل : لا بالحمام والطير .

وقال فى الرعاية الكبرى : ويصح السبق بلا عوض على أقدام ، وبغال ، وحمير .

وقيل : وبقر ، وغنم ، وطيور ، ورماح ، وحراب ، ومزاريق ، وشخوت ، ومناجيق ، ورمى أحجار ، وسفن ، ومقاليع .

وقال فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير : وفى الطيور وجهان .

ويأتى كلامه فى الروضة .

وقال فى الفروع : وكره أبو بكر الرمى عن قوس فارسية .

وقال فى الفائق : ومنع منه أبو بكر .

فائدتان

إحداهما : فى كراهة لعب غير معين على عدو : وجهان . وأطلقهما فى الفروع .

قلت : الأولى الكراهة . اللهم إلا أن يكون له فى ذلك قصد حسن .

قال فى المستوعب : وكل ما يسمى لعبا مكروه ، إلا ما كان معيناً على قتال العدو . ذكره ابن عقيل واقتصر عليه .

وذكر فى الوسيلة : يكره الرقص واللعب كله ، ومجالس الشعر .

وذكر ابن عقيل وغيره : يكره لعبه بأرجوحة ونحوها .

وقال أيضاً : لا يمكن القول بكراهة اللعب مطلقاً .

وقال الآجرى في النصيحة : من وثب وثبة مرحاً ولعباً بلا نفع ، فانقلب ، فذهب عقله : عصى . وقضى الصلاة .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : يجوز ما قد يكون فيه منفعة بلا مضرة .

قال فى الفروع : وظاهر كلامه : لا يجوز اللعب المعروف بالطاب والنقيلة .

وقال الشيخ تقى الدين أيضاً : كل فعل أفضى إلى محرم كثيراً : حرمه الشارع إذا لم يكن فيه مصلحة راجحة . لأنه يكون سبباً للشر والفساد .

وقال أيضاً : وما ألهى وشغل عما أمر الله به : فهو منهى عنه ، وإن لم يحرم جنسه . كبيع وتجارة ونحوها .

الثانية : يستحب اللعب بآلة الحرب . قال جماعة : والثقاف .

نقل أبو داود : لا يعجبنى أن يتعلم بسيف حديد ، بل بسيف خشب .

وليس من اللهو المحرم : تأديب فرسه ، وملاعبة أهله ، ورميه عن قوسه . للحديث الوارد فى ذلك .

وقال الزركشي : ويجوز الصراع ، ورفع الحجارة ، ليعرف الأشد .

قوله ﴿ وَلاَ يَجُوزُ بِعَوَضٍ إِلاَّ فِى الْخَيْلِ وَالإِبِلِ وَالسِّهَامِ ﴾ .

هذا المذهب بلا ريب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وذكر ابن البنا وجهاً : يجوز بعوض فى الطير المعدة لأخبار الأعداء انتهى .

وذكر فى النظم وجهاً بعيداً يجوز بعوض فى الفيلة .

وقد « صارع النبى صلى الله عليه وسلم ركانة على شاة . فصرعه ثم عاد مراراً فصرعه . فأسلم . فرد عليه غنمه » رواه أبو داود فى مراسيله .

قال فى الفروع : وهذا وغيره مع الكفار : من جنس جهادهم . فهو فى معنى الثلاثة المذكورة . فإن جنسها جهاد . وهى مذمومة إذا أريد بها الفخر والخيلاء والظلم .

والصراع ، والسبق بالإقدام ونحوهما : طاعة إذا قصد بها نصر الإسلام . وأخذ العوض عليه أخذ بالحق . فالمغالبة الجائزة تحل بالعوض إذا كانت مما يعين على الدين ، كما فى مراهنة أبى بكر الصديق رضى الله عنه .

واختار هذا كله الشيخ تقى الدين رحمه الله . وذكر أنه أحد الوجهين عندنا ، معتمداً على ما ذكره ابن البنا .

قال فى الفروع : فظاهره جواز المراهنة بعوض فى باب العلم ، لقيام الدين بالجهاد والعلم .

وهذا ظاهر اختيار صاحب الفروع . وهو حسن .

وقال فى الروضة : السبق يختص بثلاثة أنواع : الحافر . فيعم كل ذى حافر ، والخف . فيعم كل ذى خف . والنصل . فيختص النشاب والنبل . ولا يصح السبق والرمى فى غيرها مع الجعل وعدمه .

قال فى الفروع : كذا قال . ولتعميمه وجه . ويتوجه عليه تعميم النصل . انتهى .

فائدة : قوله فِي الشُّرُوطِ ﴿ أَحَدُهَا : تَعْيِينُ الْمَرْكُوبِ ﴾ يعنى بالرؤية ﴿ وَالرُّمَاةِ سَوَاءٌ كَانَا اثْنَيْنِ أَوْ جَمَاعَتَيْنِ ﴾ بلا نزاع .

لكن قال فى الترغيب : فى عدد الرماة وجهان .

قوله ﴿ الثَّانِي : أَنْ يَكُونَ الْمَرْكُوبَانِ مِنْ نَوْعٍ وَاحِدٍ . فَلَا يَجُوزُ بَيْنَ عَرَبِيٍّ وَهَجِينٍ ﴾ .

وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى المحرر ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم . وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والفروع ، والنظم ، والزركشى ، وغيرهم .

ويحتمل الجواز . وهو وجه اختاره القاضى . ذكره فى الفائق ، وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والفائق .

قال فى الهداية ، ومن تابعه : و يتخرج الجواز ، بناء على تساو يهما فى السهم وقال فى الترغيب : وتساو يهما فى النجابة والبطالة وتكافئهما .

قوله ﴿ وَلاَ بَيْنَ قَوْسٍ عَرَبِيٍّ وَفَارِسِيٍّ ﴾ .

وهو المذهب . جزم به فى المحرر ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم . وقدمه فى الرعايتين ، والنظم ، والحاوى الصغير ، والزركشى .

وقال : هذا المذهب .

﴿ وَيَحْتَمِلُ الْجَوَازَ ﴾ وهو وجه اختاره القاضى . وأطلقهما فى المغنى ، والبلغة والشرح ، والفروع ، والفائق .

فائدتان

إحداهما : يجوز الرمى بالقوس الفارسية من غير كراهة . نص عليه . وعليه أكثر الأصحاب .

وقال أبو بكر : لا يجوز . قاله فى الفائق .

وقال فى الفروع : وكرهه أبو بكر . كما تقدم أول الباب .

الثانية : إذا عقدا النضال ، ولم يذكرا قوسا : صح فى ظاهر كلام القاضى . و يستو يان فى العربية أو غيرها .

وقال غيره : لا يصح حتى يذكرا نوع القوس الذى يرميان عنه فى الابتداء .

قوله ﴿ وَمَدَى الرَّمْيِ بِماَ جَرَتْ بِهِ الْعَادَةُ ﴾ .

قال المصنف وغيره : يعرف ذلك إما بالمشاهدة أو بالذراع ، نحو مائة ذراع أو مائتى ذراع . ومالم تجر به العادة ـ وهو مازاد على ثلاثمائة ذراع ـ فلا يصح .

وقد قيل : إنه ما رمى فى أربعمائة ذراع ، إلا عقبة بن عامر الجهنى رضى الله تعالى عنه .

فائدة : لا يصح تناضلهما على أن السبق لأبعدهما رمياً . على الصحيح من المذهب . زادفى الترغيب : من غير تقدير .

وقيل : يصح . اختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله . قاله فى الفائق . وهو المعمول به عند الرماة الآن فى أماكن كثيرة .

قوله ﴿ الثانى : أَنْ يَكُونَ العِوَضُ مَعْلُومًا مُبَاحا ﴾ بلا نزاع .

لكنه تمليك بشرط سبقه . فلهذا قال فى الانتصار فى شركة العنان : القياس لا يصح .

قوله ﴿ فَإِنْ أَخْرجَا مَعًا : لَمْ يَجُزْ ، إِلاَّ أَنْ يُدْخِلاَ بَيْنَهُمَا مُحَلِّلاً ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : يجوز من غير محلل .

قال : وعدم المحلل أولى وأقرب إلى العدل من كون السبق من أحدهما ، وأبلغ فى تحصيل مقصود كل منهما . وهو بيان عجز الآخر ، وأن الميسر والقمار منه لم يحرم لمجرد المخاطرة . بل لأنه أكل للمال بالباطل ، أو للمخاطرة المتضمنة له . انتهى .

واختاره صاحب الفائق .

قوله ﴿ يُكَافِئ فَرَسُهُ فَرَسَيْهِمَا ، أَوْ بَعِيرُهُ بَعِيرَيْهِمَا ، أَوْ رَمْيُهُ رَمْيَيْهِمَا . فَإِنْ سَبَقَهُمَا أَحْرَزَ سَبْقَيْهِمَا . وَإِنْ سَبَقَاهُ أَحْرَزا سَبْقَيْهِما . وَلَمْ يَأْخُذا مِنْهُ شَيْئًا . وَإِنْ سَبَقَ أَحَدُهُمَا : أَحْرَزَ السَّبْقَيْنِ . وَإِنْ سَبَقَ مَعَهُ المحَلِّلُ : فَسَبَقُ الآخَرِ بَيْنَهُمَا ﴾ بلا نزاع فى ذلك كله .

تنبيه : ظاهر قوله « إلا أن يدخلا بينهما محللا » الاكتفاء بالمحلل الواحد . ولا يكون أكثر من واحد . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

قال الآمدى : لايجوز أكثر من واحد ، لدفع الحاجة به .

وقال فى الرعاية : وقيل : يجوز أكثر من واحد . وجزم به فى الكافى .

قوله ﴿ وَإِنْ شَرَطَا أَنَّ السَّابِقَ يُطْعِمُ السَّبَقَ أَصْحَابَهُ ، أَوْ غَيْرَهُمْ : لَمْ يَصِحَّ الشَّرْطُ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : يصح شرط السبق للاستاذ ، ولشراء قوس . وكراء حانوت ، و إطعامه للجماعة . لأنه مما يعين على الرمى .

قوله ﴿ وَفِى صِحَّةِ الْمُسَابَقَةِ وَجْهَانِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والفروع ، والفائق ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

أحدهما : يصح . وهو الصحيح من المذهب . صححه فى التصحيح ، والنظم ، وغيرهما . واختاره المصنف ، والشارح ، وابن عبدوس فى تذكرته ، وغيرهم . وقدمه فى الخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والرعاية الصغرى ، وغيرهم .

والوجه الثانى : لا يصح . قدمه فى الرعاية الكبرى .

قوله ﴿ وَالمسَابَقَةُ جَعَالَةٌ ﴾ .

هذا المذهب . اختاره ابن حامد ، وغيره . وصححه فى النظم ، وغيره . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى المغنى ، والكافى ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، وتجريد العناية ، وغيرهم .

وقيل : هى عقد لازم ليس لأحدهما فسخه . ذكره القاضى . فهى كالإجارة لكنها تنفسخ بموت أحد المركوبين ، وأحد الراميين . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب .

وفى الترغيب : احتمال بعدم اللزوم فى حق المحلل وحده . لأنه مغبوط ، كمرتهن

فعلى المذهب : لـكل واحد منهما فسخهـا ، إلا أن يظهر الفضل لأحدهما . فيـكون له الفسخ دون صاحبه .

وتنفسخ بموت أحد المتعاقدين . ولا يؤخذ رهن ، ولا كفيل بعوضهما .

وقال فى المذهب ، ومسبوك الذهب ، وغيرهما ـ على هذا الوجه ـ : يجوز فسخه ، والامتناع منه ، والزيادة فى العوض .

زاد غيرهم : وأخذه به رهناً أو كفيلاً .

قوله ﴿ وَعَلَى القَوْلِ بِلزُومِهَا : لَيْسَ لأَحَدِهِمَا فَسْخُهَا . لَـكِنَّهَا تنفَسِخُ بِمَوْتِ أَحَدِ المَرْكُوبَيْنِ وَأَحَدِ الرَّامِيَيْنِ . وَلاَ تَبْطُلُ بِمَوْتِ الرَّاكِبَيْنِ وَلاَ تَلَفِ أَحَدِ القَوْسَيْنِ ﴾ .

وهذا بلا خلاف على هذا القول .

وقوله ﴿ وَيَقُومُ وَارِثُ المَيِّتِ مَقَامَهُ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ أَقَامَ الحَاكِمُ مَقَامَهُ مِنْ تَرِكَتِهِ ﴾ .

هذا إذا قلنا : إنها لازمة .

فأما إن قلنا : إنها جائزة ، فظاهر كلام المصنف : أن وارثه لايقوم مقامه . ولا يقيم الحاكم من يقوم مقامه وهو أحد الوجهين .

قلت : هذا المذهب . وهو كالصريح المقطوع به فى كلام كثير من الأصحاب لقطعهم بفسخها بموت أحد المتعاقدين ، على القول بأنها عقد جائز . كما قطع به المصنف فيما تقدم ، وغيره من الأصحاب . وهو ظاهر كلامه فى الحاوى .

والوجه الآخر : وارثه كهو فى ذلك ثم الحاكم . جزم به ابن عبـدوس فى تذكرته . وهو ظاهر كلامه فى الرعاية الصغرى ، والفائق . وهو كالصريح فى البلغة . وصرح به فى الـكافى . وجزم به فيه .

لـكن جعل الوارث بالخيرة فى ذلك . وهو ظاهر ماقطع به فى المستوعب ، وأطلقهما فى الفروع .

قال فى الفروع ، والبلغة : ولا يجب تسليم العوض فيه قبل العمل . ولو قلنا بلزومه . على الأصح . بخلاف الأجرة . بل يبدأ بتسليم العمل قبل العوض .

قوله ﴿وَالسَّبَقُ فِي الْخَيْلِ : بِالرَّأْسِ إِذَا تَمَاثَلَتِ الأَعْنَاقُ . وَفِي مُخْتَلِفِي الْعُنُقِ وَالْإِبِلِ : بِالْكَتِفِ﴾ .

وكذا قال فى الهـداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والفائق ، والنظم ، وغيرهم .

وقال فى الفروع : والسبق بالرأس فى متماثل عنقه . وفى مختلفه و إبل : بكتفه . وكذا قال فى الوجيز .

وقال فى المحرر : والسبق فى الإبل والخيل : سبق الـكتف . وتبعه فى المنور .

وقال فى الرعايتين : والسبق فى الخيل بالعنق . وقيل : بالرأس .

زاد فى الـكبرى : مع تساوى الأعناق .

ثم قال فيهما : وفى مختلفى العنق والإبل : بالـكتف .

زاد فى الـكبرى : أو ببعضه . ثم قال فيهما : وقلت فى الـكل : بالأقدام . انتهى .

وقال المصنف ، والشارح : و إن شرط السـبق بأقدام معلومة ، كثلاثة أو أكثر أو أقل : لم يصح .

قوله ﴿ وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُجَنِّبَ أَحَدُهُما مَعَ فَرَسِهِ فَرَسًا يُحَرِّضُهُ عَلَى الْعَدْوِ . وَلَا يَصِيحُ بِهِ فِي وَقْتِ سِبَاقِهِ ﴾ .

هذا المذهب . أعنى : فعل ذلك محرم . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به أكثرهم .

وقال ابن رزين في مختصره : يكرهان .

وفسر القاضي الجنب : بأن يجنب فرسا آخر معه . فإذا قصر المركوب ركب المجنوب .

قوله في المُنَاضَلَةِ ﴿ وَيُشْتَرَطُ لَهَا شُرُوطٌ أَرْبَعَةٌ . أَحَدُهَا : أَنْ تَكُونَ عَلَى مَنْ يُحْسِنُ الرَّمْيَ . فَإِنْ كَانَ فِي أَحَدِ الحِزْبَيْنِ مَنْ لَا يُحْسِنُهُ : بَطَلَ العَقْدُ فِيهِ ، وَأُخْرِجَ مِنَ الحِزْبِ الآخَرِ مِثْلُهُ . وَلَهُمُ الفَسْخُ إِنْ أَحَبُّوا ﴾ .

فظاهره : عدم بطلان العقد . لقوله « ولهم الفسخ » وهو الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وصححه في النظم ، وغيره .

قال المصنف ، والشارح : وفي بطلان العقد وجهان . بناء على تفريق الصفقة .

وقد علمت قبل : أنه لا يبطل العقد في الباقي . على الصحيح . فكذا هنا .

فوائد

الأولى : لو عقد النضال جماعة ليقتسموا بعد العقد حزبين برضاهم لا بقرعة : صح . على الصحيح من المذهب . جزم به في الفروع ، والرعاية الصغرى ، والحاوي الصغير ، وغيرهم . واختاره القاضي وغيره . وصححه في الرعاية الكبرى .

قال المصنف ، والشارح : ويحتمل أن لا يصح . ومالا إليه .

فعلى هذا : إذا تفاصلوا عقدوا النضال بعده .

وعلى المذهب : يجعل لكل حزب رئيس . فيختار أحدهما واحداً . ثم يختار الآخر آخر حتى يفرغا . وإن اختلفا فيمن يبدأ بالخيرة اقترعا . ولا يقتسمان بقرعة . ولا يجوز جعل رئيس الحزبين واحداً . ولا الخيرة في تميزهما إليه ، ولا السبق عليه .

الثانية : لا يشترط استواء عدد الرماة . على الصحيح . صححه في النظم . وجزم به ابن عبدوس في تذكرته .

وقيل : يشترط . وأطلقهما فى الفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

وهما وجهان فى الترغيب ، واحتمالان فى الرعاية الكبرى ، واحتمال وجهين فى الصغرى ، والحاوى الصغير .

الثالثة : لايصح شرط إصابة نادرة . ذكره المصنف ، والشارح ، وغيرهما . وقدمه فى الفروع .

وذكر فى الترغيب وغيره : أنه يعتبر فيه إصابة ممكنة فى العادة .

قوله ﴿ الثَّالِثُ : مَعْرِفَةُ الرَّمْيِ : هَلْ هُوَ مُنَاضَلَةٌ ، أَوْ مُبَادَرَةٌ ؟ ﴾ .

وكذا : هل هو محاطة ؟ وهو حط ماتساويا فيه بإصابة من رشق معلوم مع تساويهما فى الرميات . فيشترط معرفة ذلك . على الصحيح من المذهب . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والفائق ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، وغيرهم . وقدمه فى الشرح .

قال فى الرعاية الكبرى : ويجب بيان حكم الإصابة : هل هى مناضلة ، أو غيرها . وقيل : يستحب . انتهى .

وظاهر كلام القاضى : لايحتاج إلى اشتراط ذلك . لأن مقتضى النضال : المبادرة . قاله المصنف ، والشارح .

وقال فى الرعاية الكبرى أيضاً : ويسن أن يصفا الإصابة ، فيقولان : خَوَاصِل ، ونحوه .

وقيل : يجب .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَا خَوَاسِقَ . وَهُوَ مَا خَرَقَ الْغَرَضَ وَثَبَتَ فِيهِ ﴾ .

هكذا قال أكثر الأصحاب . وقدمه فى الرعاية الكبرى .

ثم قال ، وقيل : أو مرق . وإن سقط بعد ثقبه ، أو خدشه ، أو نقبه ، ولم يثبت فيه . فوجهان . انتهى .

قوله ﴿ وَإِنْ تَشَاحَّا فِي الْمُبْتَدِئِ بِالرَّمْيِ أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا ﴾ .

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقيل : يقدم من له مزية بإخراج السبق . اختاره القاضى .

واختار فى الترغيب : أنه يعتبر ذكر المبتدىء منهما .

قوله ﴿ وَإِنْ أَطَارَتِ الرِّيحُ الْغَرَضَ، فَوَقَعَ السَّهْمُ مَوْضِعَهُ . فَإِنْ كَانَ شَرْطُهُمْ خَوَاصِلَ : احْتُسِبَ بِهِ ﴾ بلا نزاع ﴿ وَإِنْ كَانَ خَوَاسِقَ : لَمْ يُحْتَسَبْ لَهُ بِهِ وَلاَ عَلَيْهِ ﴾ .

هذا المذهب . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة .

وقال القاضى : ننظر ، فإن كانت صلابة الهدف كصلابة الغرض ، فثبت فى الهدف : احتسب له به . وإلا فلا يحتسب له به ولا عليه .

قوله ﴿ وَإِنْ عَرَضَ عَارِضٌ ـ مِنْ كَسْرِ قَوْسٍ، أَوْ قَطْعِ وَتَرٍ، أَوْ رِيحٍ شَدِيدَةٍ ـ لَمْ يُحْتَسَبْ عَلَيْهِ بِالسَّهْمِ ﴾ .

ظاهره : أنه يحتسب له به إن أصاب . وهو أحد الأوجه . وهو ظاهر ماقطع به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعاية الكبرى . وقدمه فى الفروع .

وقيل : يحتسب عليه بالسهم إن أخطأ .

وقيل : لا يحتسب عليه ، ولا له . وهو المذهب . اختاره القاضى وغيره .

قال فى الفروع : وهذا أشهر . وقدمه فى الرعاية الصغرى .

قال فى الرعاية الكبرى : وإن عرض لأحدهما كسر قوس ، أو قطع وتر ، أو ريح فى يده ، أو ردت سهمه عرضاً ، فأصاب : حسب له . وإلا فلا .

وقيل : بلى .

قوله ﴿ وَيُكْرَهُ لِلْأَمِينِ وَالشُّهُودِ مَدْحُ أَحَدِهِما ، لَمَا فِيهِ مِنْ كَسْرِ قَلْبِ صَاحِبِهِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وقيل : يحرم . اختاره ابن عقيل .

قلت : وهو قوى فى النظر .

وقال فى الفروع : ويتوجه الجواز فى مدح المصيب ، والكراهة فى عيب غيره .

قال : ويتوجه فى شيخ العلم وغيره مدح المصيب من الطلبة . وعيب غيره كذلك . انتهى

قلت : إن كان مدحه يفضى إلى تعاظم الممدوح ، أو كسر قلب غيره : قوى التحريم . وإن كان فيه تحريض على الاشتغال ونحوه : قوى الاستحباب . والله أعلم .

كتاب العارية

قوله ﴿ وَهِىَ هِبَةُ مَنْفَعَةٍ ﴾ .

هذا أحد الوجهين . جزم به فى الهداية ، والخلاصة ، والكافى ، والهادى والمذهب الأحمد ، والوجيز ، وإدراك الغاية ، وشرح ابن رزين . وقدمه فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير .

والوجه الثانى : أنها إباحة منفعة . واختاره ابن عقيل ، وصاحب الرعاية الصغرى ، وابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والتلخيص ، والفائق .

قال الحارثى : وهو أمس بالمذهب .

وقال : اختاره غير واحد . وقدمه فى المستوعب ، والرعاية الكبرى . وأطلقهما فى النظم ، والفروع .

قال الحارثى : ويدخل على الأول الوصية بالمنفعة . وليس بإعارة .

وقال : الفرق بين القولين : أن الهبة تمليك يستفيد به التصرف فى الشىء . كما يستفيده فيه بعقد المعاوضة . والإباحة : رفع الحرج عن تناول ما ليس مملوكا له . فالتناول : مستند إلى الإباحة . وفى الأول : مستند إلى الملك .

وقال فى تعليل الوجه الثانى : فإن المنفعة لو ملكت بمجرد الإعارة لاستقل المستعير بالإجارة والإعارة . كما فى المنفعة المملوكة بعقد الإجارة .

تنبيه : قال الحارثى : تعريف المصنف للعارية بما قال ، توسع لا يحسن استعماله فى هذا المقام . إذ « الهبة » مصدر . والمصادر ليست أعيانا . و « العارية » نفس العين . وليست بمعنى الفعل .

قال : والأولى إيراد التعريف على لفظ « الإعارة » فيقال : الإعارة هبة منفعة .

فوائد

الأولى : تجب إعارة المصحف لمن احتاج إلى القراءة فيه ولم يجد غيره . ونقله القاضى فى الجامع الكبير . وخرجه ابن عقيل فى كتب للمحتاج إليها من القضاة والحكام ، وأهل الفتاوى ، وأن ذلك واجب . نقله فى القاعدة التاسعة والتسعين .

قوله ﴿ تَجُوزُ فِى كُلِّ المَنَافِعِ إلاَّ مَنَافِعَ البُضْعِ ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب فى الجملة . وجزم به فى الهداية ، والفصول ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقيل : لا يجوز إعارة كلب الصيد ، وفحل الضراب . اختاره ابن عقيل . ونسبه الحارثى إلى التذكرة . ولم أره فيها فى هذا الباب .

وقيل : لا يجوز إعارة أمة شابة لغير محرم وامرأة . جزم به فى التبصرة ، والكافى ، والوجيز ، وشرح ابن رزين .

وقيل : تجب العارية مع غنى المالك . واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله .

الثانية : يحرم إعارة مايحرم استعماله لمحرِم . فهذا التحريم لعارض .

الثالثة : يشترط فيها كون العين منتفعاً بها ، مع بقاء عينها .

واستثنى الحارثى جواز إعارة العنز وشبهها لأخذ لبنها للنص الوارد فى ذلك . وعلله .

قوله ﴿ وَلاَ يَجُوزُ إعَارَةُ العَبْدِ المسْلِمِ لِـكَافِرٍ ﴾ .

يعنى للخدمة . قاله الحارثى . هذا الصحيح من المذهب . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والبلغة ، والمغنى ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم .

وقال في الفروع ، في باب الإجارة : لا يجوز إجارة مسلم لخدمة ذمي على الأصح . وكذا إعارته .

وقال في باب العارية : ويجوز إعارة ذي نفع جائز منتفع به مع بقاء عينه إلا البُضع ، وماحرم استعماله لمحرم .

وفي التبصرة : وعبداً مسلماً لكافر . ويتوجه . كإجارة .

وقيل فيه : بالكراهة وعدمها . انتهى .

وقال في الرعاية : ولا يعار كافر عبداً مسلماً .

وقلت : إن جاز أن يستأجره : جاز إعارته ، وإلا فلا .

وقال الحارثي : لا يتخرج هنا من الخلاف مثل الإجارة . لأن الإجارة معاوضة . فتدخل في جنس البياعات . وهنا بخلافه .

قوله ﴿ وَتُكْرَهُ إعَارَةُ الأَمَةِ الشَّابَّةِ لِرَجُلٍ غَيْرِ مَحْرِمِهَا ﴾ .

هذا المذهب . جزم به في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والبلغة ، والفائق .

قال في الفروع : هذا الأشهر . وقدمه في النظم .

قال الحارثي ، قال أصحابنا : يكره تنزيها .

وتقدم قول ـ جزم به في التبصرة ، والكافي ، والوجيز ـ بتحريمه .

قال ابن عقيل : لا تجوز إجارتها من العزاب .

قلت : وهو الصواب . وقال الناظم :

وأن يستعير المشتهاة أجنبي إن تُخَفْ خلوة . والحظر لما أبعد

وقال في المغني : لاتجوز إعارتها إن كانت جميلة ، إن كان يخلو بها أو ينظر إليها

وقال في التلخيص : إن كانت بَرْزة جاز إعارتها مطلقاً .

قال في البلغة : تكره إعارة الجارية من غير محرم أو امرأة ، إلا أن تكون برزة .

قوله ﴿ وَلِلْمُعِيرِ الرُّجُوعُ مَتَى شَاءَ ، مَا لَمْ يَأْذَنْ ﴾ أى المعير فى شغله ﴿ بِشَيْءٍ يَسْتَضِرُّ المسْتَعِيرُ بِرُجُوعِهِ ﴾ .

وهذا المذهب مطلقاً . وعليه الأصحاب فى الجملة .

قال الحارثى : عليه أكثر الأصحاب .

وعنه : إن عين مدة تعينت .

قال الحارثى : وهو الأقوى .

وعنه : لايملك الرجوع قبل انتفاعه بها ، مع الإطلاق .

قال القاضى : قياس المذهب يقتضيه . ذكره فى التعليق الكبير

قال القاضى : القبض شرط فى لزومها .

وقال أيضاً : يحصل بها الملك مع عدم قبضها .

وقال ابن عقيل فى مفرداته ، فى ضمان المبيع المتعين بالعقد : الملك أبطأ حصولا وأكثر شروطاً من الضمان ، بإباحة الطعام بتقديمه إلى مالكه ، وضمان المنفعة بعارية العين ، ولا ملك . فإذا حصل بالتعيين هذا الإبطاء . فأولى حصول الإسراع . وهو الضمان .

قال الحارثى : وقال القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف : له الرجوع قبل الانتفاع ، حتى بعد وضع الخشب ، وقبل البناء عليه .

قال : وهو مشكل على المذهب جداً . فإن المالك لا يملك الامتناع من الإعارة ابتداء . فكيف يملكه بعد ؟ اللهم إلا أن يحمل على حالة ضرر المالك أو حاجته إليه . انتهى .

قلت : يتصور ذلك فى غير ماقال . وهو :حيث لم تلزم الإعارة لتخلف شرط أو وجود مانع . على ماتقدم .

فائدة : قال أبو الخطاب : لا يملك مكيل وموزون بلفظ العارية . و إن سلم . و يكون قرضاً . فإنه يملك به و بالقبض .

وقال فى الانتصار : لفظ « العارية » فى الأثمان قرض .

وقال فى المغنى والشرح : وإن استعارها للنفقة : فقرض .

وقيل : لا يجوز .

ونقل صالح : منحة لبن : هو العارية . ومنحة ورق : هو القرض .

وذكر الأزجى خلافاً فى صحة إعارة دراهم ودنانير للتجمل والزينة .

وقال فى التلخيص ، والرعاية ، وغيرهما : يصح إعارة أحد النقدين للوزن والتزيين .

زاد فى الرعاية : لتزيين امرأة ، أو مكان .

وقال فى القاعدة الثامنة والثلاثين : لو أعاره شيئاً وشرط عليه العوض . فهل يصح أم لا ؟ على وجهين .

أحدهما : يصح . ويكون كناية عن القرض . فيملك بالقبض إذا كان مكيلا أو موزوناً . ذكره فى الانتصار ، والقاضى فى خلافه .

وقال أبو الخطاب فى رءوس المسائل ، فى موضع : يصح عندنا شرط العوض فى العارية . انتهى .

والوجه الثانى : تفسد بذلك .

وجعله أبو الخطاب فى موضع آخر المذهب . لأن العوض يخرجها عن موضوعها .

قوله ﴿ وَإنْ أَعَارَهُ أَرْضًا لِلدَّفْنِ : لَمْ يَرْجِعْ حَتَّى يَبْلَى الْمَيِّتُ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم . وقدمه فى الفروع وغيره .

وقيل : حتى يبلى ويصير رميما .

وقال ابن الجوزى : يخرج عظامه ، ويأخذ أرضه .

قوله ﴿ وَإِنْ أَعَارَهُ حَائِطًا لِيَضَعَ عَلَيْهِ أَطْرَافَ خَشَبِهِ : لَمْ يَرْجِعْ مَادَامَ عَلَيْهِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

وفيه احتمال بالرجوع ، ويضمن نقصه .

قوله ﴿ فَإِنْ سَقَطَ عَنْهُ لِهَدْمٍ أَوْ غَيْرِهِ : لَمْ يَمْلِكْ رَدَّهُ ﴾ .

هذا المذهب . سواء أعيد الحائط بآلته الأولى ، أو بغيرها . جزم به فى الشرح ، وشرح ابن منجا ، والفروع ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والحاوى الصغير ، والنظم ، والفائق ، والمحرر ، وغيرهم .

قال الحارثى : قاله المصنف ، والقاضى ، وابن عقيل فى آخرين من الأصحاب

قال : وقال القاضى ، والمصنف ، فى باب الصلح : له إعادته إلى الحائط .

قال : وهو الصحيح اللائق بالمذهب . لأن البيت مستمر . فكان الاستحقاق مستمراً .

قوله ﴿ وَإِنْ أَعَارَهُ أَرْضًا لِلزَّرْعِ : لَمْ يَرْجِعْ إِلَى الْحَصَادِ ، إِلاَّ أَنْ يَكُونَ مِمَّا يُحْصَدُ قَصِيلاً . فَيَحْصُدُهُ فى وقت قصله عرفاً ﴾ بلا نزاع .

ويأتى حكم الأجرة من حين رجوعه .

قوله ﴿ وَإِنْ أَعَارَهَا لِلْغَرْسِ وَالْبِنَاءِ ، وَشَرَطَ عَلَيْهِ الْقَلْعَ فِى وَقْتٍ ، أَوْ عِنْدَ رُجُوعِهِ ، ثُمَّ رَجَعَ : لَزِمَهُ الْقَلْعُ ﴾ بلا نزاع مجاناً .

وقوله ﴿ وَلاَ يَلْزَمُهُ تَسْوِيَةُ الْأَرْضِ إِلاَّ بِشَرْطٍ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والوجيز ، والحارثى فى شرحه ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقيل : يلزمه . وجزم به فى المستوعب . وأطلقهما فى الرعاية الكبرى .

وإن شرط على المستعير القلع ، وشرط عليه تسوية الأرض : لزمه مع القلع تسويتها . قطع به الأصحاب .

وإن شرط عليه القلع ، ولم يشرط عليه تسوية الأرض : لم يلزمه تسويتها . على الصحيح من المذهب . قطع به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والوجيز ، وشرح الحارثى ، والقواعد الفقهية ، وشرح ابن رزين ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

قال فى الفروع : ولا يلزم المستعير تسوية الحفر .

قال جماعة ، وقيل : يلزمه والحالة هذه .

قال فى القواعد : إن شرط المعير عليه قلعه : لزمه ذلك ، وتسوية الأرض . وأطلقهما فى الرعاية الكبرى .

قوله ﴿ وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْ عَلَيْهِ الْقَلْعَ : لَمْ يَلْزَمْهُ ، إلاّ أَنْ يَضْمَنَ المعِيْرُ النَّقْصَ ﴾ .

وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى الفروع وغيره .

وعند الحلوانى : لا يضمن النقص .

قوله ﴿ فَإِنْ فَعَلَ فَعَلَيْهِ تَسْوِيَةُ الأَرْضِ ﴾ .

يعنى : إذا قلعه المستعير ، والحالة ماتقدم ، فعليه تسوية الأرض . ولم يشترط عليه المعير القلع ، فعليه تسوية الأرض . وهذا أحد الوجهين .

واختاره جماعة . منهم : المصنف فى الكافى . وجزم به فيه ، وفى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والوجيز وغيرهم . وهو احتمال فى المغنى . وهو ظاهر ماقدمه فى الفروع . وقدمه فى الشرح . وهـذا المذهب . على ما اصطلحناه فى الخطبة .

والوجه الثاني : لايلزمه تسوية الأرض . اختـاره القاضي ، وابن عقيل . وقطع به فى المستوعب .

قال فى الفروع : ولا يلزم المستعير تسوية الحفر . قاله جماعة كما تقدم .

فإن قال ذلك بعد ما ذكر شرط القلع وعدم شرطه . وقدمه ابن رزين فى شرحه . وأطلقهما فى القاعدة الثامنة والسبعين .

وعند المصنف : لا يلزمه تسوية الأرض إلا مع الإطلاق .

قوله ﴿ فَإِنْ أَبَى القَلْعَ فَلِلْمُعِيرِ أَخْذُهُ بِقِيمَتِهِ ﴾ .

يعنى إذا أبى المستعير القلع فى الحال التى لايجبر فيهـا : فللمعير أخذه بقيمته . نص عليه فى رواية مهنا ، وابن منصور .

وكذا نقل عنه جعفر بن محمد ، لـكن قال فى روايته : يتملـكه بالنفقة .

قال الحارثى : ولابد من رضى المستعير . لأنه بيع . وهو الصحيح . فإن أبى ذلك ــ يعنى المعير ــ من دفع القيمة ، وأرش النقص ، وامتنع المستعير من القلع ، ودفع الأجر : بيعا لهما . فإن أبيا البيع ترك بحاله .

قال فى الرعاية الـكبرى : فإن أبياه بقي فيها مجاناً فى الأصح ، حتى يتفقا .

وقلت : بل يبيعهما الحاكم . انتهى .

فلو أبى أحدهما . فهل يجبر على البيع مع صاحبه ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى المحرر ، والفروع ، والفائق ، والنظم .

أحدهما : يجبر . قال فى الرعايتين ، والحاوى الصغير : أجبر فى أصح الوجهين وجزم به فى الوجيز . وهو ظاهر كلام المصنف هنا .

والوجه الثاني : لايجبر . صححه الناظم . وتجريد العناية ، وتصحيح المحرر .

فائدة : يجوز لـكل واحد منهما بيع ماله منفرداً لمن شاء . على الصحيح من المذهب ، وعليه الأصحاب .

وقيل : لا يبيع المعير لغير المستعير .

قوله ﴿ وَلَمْ يَذْكُرْ أَصْحَابُنَا عَلَيْهِ أُجْرَةً مِنْ حِينِ الرُّجُوعِ ﴾

يعنى : فيما تقدم . من الغراس والبناء .

﴿ وَذَكَرُوا عليه أُجْرَةً فِي الزَّرْعِ . وَهَذَا مِثْلُهُ . فَيُخَرَّجُ فِيهِمَا . وَفِي سَائِرِ المَسَائِلِ وَجْهَانِ ﴾ .

ذكر الأصحاب : أن عليه الأجرة فى الزرع من حين الرجوع . وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . منهم القاضى ، وأصحابه .

واختار المجد فى المحرر : أنه لا أجرة له . وخرجه المصنف هنا وجهاً .

قال فى القواعد : و يشهد له ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله فى رواية صالح .

وصححه الناظم ، والحارثى ، وتصحيح المحرر . وجزم به فى الوجيز .

وأما الغراس ، والبناء والسفينة إذا رجع وهى فى لجة البحر ، والأرض إذا أعارها للدفن ، ورجع قبل أن يبلى الميت ، والحائط إذا أعاره لوضع أطراف الخشب عليه ورجع ، ونحو ذلك : فلم يذكر الأصحاب أن عليه أجرة من حين الرجوع

وخرج المصنف فى ذلك كله من الأجرة فى الزرع وجهين .

وجه بعدم الأجرة . وهو ظاهر كلام الأصحاب . وقدمه فى الرعايتين . ومال الحارثى إلى عدم التخريج . وأبدى فرقا .

ووجه بوجوبها . قياساً على ماذكره فى الفروع . وأطلق هذين الوجهين فى الفائق ، والحاوى الصغير .

وخرجه بعضهم فى الغراس والبناء لاغير .

وخرجه بعضهم فى الجميع . أعنى : وجوب الأجرة فى الجميع .

وجزم فى المحرر : أنه لا أجرة بعد رجوعه فى مسألة إعارة الأرض للدفن ، والحائط لوضع الخشب ، والسفينة .

وجزم فى التبصرة بوجوب الأجرة فى مسألة السفينة .

واختاره أبو محمد يوسف الجوزى فيما سوى الأرض للدفن .

قوله ﴿ وَإِنْ حَمَلَ السَّيْلُ بَذْرًا إِلَى أَرْضٍ ، فَنَبَتَ فِيهَا . فَهُوَ لِصَاحِبِهِ مُبَقًّى إِلَى الحَصَادِ بِأَجْرَةِ مِثْلِهِ ﴾ وهو المذهب .

قال فى الرعايتين ، والفروع : فلصاحب الأرض أجرة مثله ، فى الأصح . وصححه فى النظم ، والحارثى . وجزم به فى الوجيز . ونص عليه .

قال فى القاعدة التاسعة والسبعين : لو حمل السيل بذر إنسان إلى أرض غيره فنبت فيها . فهل يلحق بزرع الغاصب ، أو بزرع المستعير ، أو المستأجر من بعد انقضاء المدة ؟ على وجهين . أشهرهما : أنه كزرع المستعير . وهو اختيار القاضى ، وابنه أبى الحسين ، وابن عقيل .

وذكره أبو الخطاب عن الإمام أحمد رحمه الله . وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والفائق ، والتلخيص .

فعلى هذا : قال القاضى : لا أجرة له . واختاره ابن عقيل أيضاً . ذكره فى القواعد .

وقيل : له الأجرة . وذكره أبو الخطاب أيضاً عن الإمام أحمد رحمه الله . وأطلقهما فى القواعد .

قوله ﴿ وَيَحْتَمِلُ أَنَّ لِصَاحِبِ الأرض أَخْذَهُ بِقِيمَتِهِ ﴾

قال فى الهداية ، ومن تابعه : وقيل : هو لصاحب الأرض . وعليه قيمة البذر .

وزاد فى الرعايتين : وقيل : بل بقيمته إذن .

زاد فى الكبرى : ويحتمل أنه كزرع غاصب .

وتقدم كلام صاحب القواعد .

وتقدم فى آخر المساقاة « إذا نبت الساقط من الحصاد فى عام قابل : أنه يكون لرب الأرض ، على الصحيح من المذهب » .

قوله ﴿ وَإِنْ حَمَلَ غَرْسَ رَجُلٍ فَنَبَتَ فِي أَرْضِ غَيْرِهِ . فَهَلْ يَكُونُ كَغَرْسِ الشَّفِيعِ ، أَوْ كَغَرْسِ الغَاصِبِ ؟ على وجهين ﴾ .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح .

أحدهما : يكون كغرس الشفيع . على مايأتى فى بابه . وهو المذهب .

قال الناظم : هذا الأقوى . وقدمه فى الفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير

الوجه الثانى : هو كغرس الغاصب . على مايأتى فى بابه . جزم به فى الوجيز .

وقال فى الرعاية الكبرى ، قلت : بل كغرس مشترى شقص له شفعة ، وعلى كل حال يلزم صاحب الغرس تسوية الحفر

تنبيه : قوله « فهل يكون كغرس الشفيع ؟ » فيه تساهل . وإنما يقال : فهل هو كغرس المشترى الشقص الذى يأخذه الشفيع ؟ ولهذا قال الحارثى : وهو سهو وقع فى الكتاب . انتهى .

مع أن المصنف تابعه جماعة . منهم صاحب الفائق ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

فوائد

الأولى : وكذا حكم النوى ، والجوز واللوز : إذا حمله السيل فنبت .

الثانية : لو ترك صاحب الزرع أو الشجر لصاحب الأرض الذى انتقل إليه من ذلك : لم يلزمه نقله ولا أجرة . ولا غير ذلك .

الثالثة : لو حمل السيل أرضاً بشجرها . فنبتت فى أرض أخرى كما كانت . فهى لمالكها ، يجبر على إزالتها . ذكره فى المغنى ، والشرح ، والفائق .

فائدة : قوله ﴿ وَحُكْمُ المسْتَعِيرِ فِي اسْتِيفَاءِ المَنْفَعَةِ : حُكْمُ المُسْتَأجِرِ ﴾ .

يعنى أنه كالمستأجر فى استيفاء المنفعة بنفسه ، وبمن قام مقامه ، وفى استيفائها بعينها ، وما دونها فى الضرر من نوعها ، إلا أنهما يختلفان فى شيئين .

أحدهما : لا يملك الإعارة ولا الإجارة ، على ما يأتى .

الثانى : الإعارة لا يشترط لها تعيين نوع الانتفاع . فلو أعاره مطلقاً : ملك الانتفاع بالمعروف فى كل ما هو مهيأ له ، كالأرض مثلاً . هذا الصحيح .

وفيه وجه : أنها كالإجارة فى هذا . ذكره فى التلخيص وغيره .

ذكر ذلك الحارثى ، وغيره .

قوله ﴿ وَالْعَارِيَةُ مَضْمُونَةٌ بِقِيمَتِهَا يَوْمَ التَّلَفِ ، وَإِنْ شَرَطَ نَفْىَ ضَمَانِهَا ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه بلا ريب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

قال الحارثى : نص الإمام أحمد رحمه الله على ضمان العارية ، وإن لم يتعد فيها كثير متكرر جداً من جماعات ، وقف على رواية اثنين وعشرين رجلاً ، وذكرها .

قال فى الفروع : وقاس جماعة هذه المسألة على المقبوض على وجه السوم . فدل على رواية مخرجة . وهو متجه . انتهى .

وذكر الحارثى خلافاً لا يضمن .

وذكره الشيخ تقى الدين رحمه الله عن بعض الأصحاب . واختاره ابن القيم رحمه الله فى الهدى .

قوله ﴿ وَعَنْ الإِمَامُ أَحْمَد رحمه الله : أَنَّهُ ذُكِرَ لَهُ ذَلِكَ . فَقَالَ « المُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ » فَيَدُلُّ عَلَى نَفْي الضَّمَانِ بِشَرْطِهِ ﴾ .

فهذه رواية بالضمان إن لم يشرط نفيه . وجزم بها فى التبصرة .

وعنه : يضمن إن شرطه ، و إلا فلا . اختاره أبو حفص العكبرى ، والشيخ تقى الدين رحمه الله ، وصاحب الفائق .

وقوله ﴿ وَكُلُّ مَا كَانَ أَمَانَة لاَ يَصِيرُ مَضْمُونًا بِشَرْطِهِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

قال فى المغنى ، والشرح ، والفائق ، وغيرهم : هذا ظاهر المذهب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وعنه : المسلمون على شروطهم ، كما تقدم .

فائدة : لايضمن الوقف إذا استعاره وتلف بغير تفريط . ككتب العلم وغيرها فى ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله ، والأصحاب . قاله فى الفروع .

وعلى هذا لو استعاره برهن ثم تلف : أن الرهن يرجع إلى ربه .

قلت : فيعايى بها فيهما .

قوله ﴿ وَإِنْ تَلِفَتْ أَجْزَاؤُهَا بِالاسْتِعْمَالِ ، كَخَمَلِ المِنْشَفَةِ . فَعَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

أصلهما احتمالان للقاضى فى المجرد . وأطلقهما فى الهداية ، والمستوعب ، والمغنى ، والشرح ، والرعاية الكبرى .

أحدهما : لا يضمن إذا كان استعمالها بالمعروف . وهو الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع : لم يضمن فى الأصح . وصححه فى التصحيح ، والمذهب ، والخلاصة ، والرعاية الصغرى ، والحارثى ، والحاوى الصغير ، وتجريد العناية ، وغيرهم . وقطع به فى التعليق ، والمحرر .

والوجه الثانى : يضمن . وكلامه فى الوجيز محتمل . وقدمه ابن رزين فى شرحه .

فائدتان

إحداهما : لو تلفت كلها بالاستعمال بالمعروف ، فحكمها كذلك . وكذا الحكم والمذهب لو تلف ولد العارية أو الزيادة .

وفى ضمان ولد المؤجرة والوديعة الوجهان .

وتقدم فى أثناء باب الضمان ــ فى أواخر المقبوض على وجه السوم ــ حكم ولد الجناية ، والضامنة ، والشاهدة ، والموصى بها .

ويأتى حكم ولد المكاتبة ، والمدبرة فى بابيهما .

الثانية : يقبل قول المستعير بأنه ماتعدى بلا نزاع .

ولا يضمن رائض ووكيل . لأنه غير مستعير .

قوله ﴿ وَلَيْسَ لِلْمُسْتَعِيرِ أَنْ يُعِيرَ ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب مطلقاً . وعليه جماهير الأصحاب . وقدمه فى الشرح ونصره . وصححه فى النظم ، والفائق ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، وغيرهم . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والمغنى ، والبلغة ، والوجيز ، وغيرهم .

قال الحارثى : هذا المشهور فى المذهب . وحكاه جمهور الأصحاب . انتهى .

وقيل : له ذلك .

قال الشارح : وحكاه صاحب المحرر قولاً للإمام أحمد رضى الله عنه .

وأطلقهما فى المحرر ، والرعاية الكبرى ، والفروع . وقال : أصلهما هل هى هبة منفعة ، أم إباحة منفعة ؟ فيه وجهان .

وكذا هو ظاهر بحث المصنف فى المغنى ، والشرح .

قال الحارثى : أصل هذا : ماقدمنا من أن الإعارة إباحة منفعة .

وقال عن الوجه الثانى : يتفرع على رواية اللزوم فى العارية المؤقتة . انتهى .

قلت : قطع فى القاعدة السابعة والثمانين بجواز إعارة العين المعارة المؤقتة إذا قيل بلزومها ، وملك المنفعة فيها . انتهى .

قلت : وظاهر كلام المصنف هنا ، وصاحب الهداية ، والخلاصة ، والوجيز ، وغيرهم : أن الخلاف هنا ليس مبنيا . فإنهم قالوا : هى هبة منفعة .

وقالوا : ليس للمستعير أن يعير .

قال فى الفروع : ويتوجه عليهما تعليقها بشرط . وذكر فى المنتخب أنه يصح .

قال فى الترغيب(١) : يكفى مادل على الرضى من قول أو فعل . فلو سمع من يقول : أردت من يعيرنى كذا . فأعطاه : كفى . لأنه إباحة عقد . انتهى .

وقيل : له أن يعيرها إذا وقت له المعير وقتا ، وإلا فلا .

فائدتان

إحداهما : محل الخلاف إذا لم يأذن المعير له . فأما إن أذن له : فإنه يجوز قولاً واحداً . وهو واضح .

الثانية : ليس للمستعير أن يؤجر مااستعاره بغير إذن المعير ، على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

وقيل : له ذلك فى الإعارة المؤقتة .

ومتى قلنا بصحتها ، فإن المستأجر لايضمن . على الصحيح من المذهب .

وقيل : يضمن .

قلت : فيعايى بها .

---

(١) بهامش الأصل فى نسخة : التبصرة .

وتقدم عكسها فى الإجارة عند قوله « وللمستأجر استيفاء المنفعة بنفسه و بمثله » وهو لو أعار المستأجر العين المؤجورة فتلفت عند المستعير من غير تعد : هل يضمنها ؟

وتقدم فى باب الرهن جواز رهن المعار وأحكامه . فليعاود .

وتقدم حكم سهم الفرس المستعار فى كلام المصنف فى باب قسمة الغنائم .

فوائد

منها : لو قال إنسان : لا أركب الدابة إلا بأجرة . وقال ربها : لا آخذ لها أجرة ، ولاعقد بينهما . فركبها وتلفت ، فحكمها حكم العارية . وجزم به فى الفروع ، والرعاية الكبرى . وقال : قلت إن قدر إجارتها فهى إجارة مهدرة ، و إلا فلا .

ومنها : لو أركب دابته منقطعا لله تعالى ، فتلفت تحته : لم يضمن . على الصحيح من المذهب . جزم به فى التلخيص ، والحاوى الصغير ، والرعاية الصغرى ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، وغيره . وقيل : يضمن .

ومنها : لو أردف المالك شخصا ، فتلفت : لم يضمن شيئاً . على الصحيح من المذهب .

وقيل : يضمن نصف القيمة . ومال إليه الحاوى .

قوله ﴿ وَعَلَى المسْتَعِيرِ مُؤْنَةُ رَدِّ العَارِيَةِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطعوا به . منهم المصنف ، والشارح ، والحلوانى فى التبصرة ، وصاحب المحرر ، والفروع ، والوجيز ، وابن منجا فى شرحه ، وغيرهم .

وقيل : مؤنة ردها على المالك . ذكره فى القاعدة الثامنة والثلاثين .

قوله ﴿ فَإِنْ رَدّ الدّابّةَ إِلَى اصْطَبْلِ المَالِكِ أَوْ غُلامِهِ : لَمْ يَبْرَأْ مِنَ الضَّمانِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . إلا أن صاحب الرعايتين اختار عدم الضمان بردها إلى غلامه .

قوله ﴿ إِلاَّ أَنْ يَرُدَّهَا إِلَى مَنْ جرَتْ عَادَتُهُ بِجَرَيَانِ ذَلِكَ عَلَى يَدِهِ كَالسَّائِسِ وَنَحْوِهِ ﴾ .

كزوجته ، والخازن ، والوكيل العام فى قبض حقوقه . قاله فى المجرد . وهذا المذهب . أعنى : أنه لا يضمن إذا ردها إلى من جرت عادته بجريان ذلك على يده . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وعند الحلوانى لا يبرأ بدفعها إلى السائس .

فظاهر ما قدمه فى المستوعب : أنه لا يبرأ إلا بدفعها إلى ربها ، أو وكيله فقط ، ويأتى نظير ذلك فى الوديعة .

فائدة : لو سلم شريك لشريكه الدابة ، فتلفت بلا تفريط ولا تعد ، بأن ساقها فوق العادة ونحوه : لم يضمن . قاله الشيخ تقى الدين رحمه الله ، واقتصر عليه فى الفروع .

قلت : وهو الصواب .

قال فى الفروع : ويتوجه كعارية إن كان عارية ، وإلا لم يضمن .

قلت : قال القاضى فى المجرد : يعتبر لقبض المشاع إذن الشريك فيه . فيكون نصفه مقبوضاً تملكاً ، ونصف الشريك أمانة .

وقال فى الفنون : بل عارية مضمونة .

ويأتى ذلك فى قبض الهبة .

قوله ﴿ وَإِذَا اخْتَلَفَا . فقَالَ : أَجَرْتُكَ . قَالَ : بَلْ أَعَرْتَنِي ﴾ إذا كان الاختلاف ﴿ عَقِيبَ العَقْدِ : فَالْقَوْلُ قَوْلُ الرَّاكِبِ ﴾ بلا نزاع والحالة هذه . فلا يغرم القيمة .

﴿ وَإِن كَانَ بَعْدَ مُضِيِّ مُدَّةٍ لهَا أُجْرَةٌ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ المَالِكِ فِيمَا مَضَى مِنَ الْمُدَّةِ ﴾ هذا الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع : وبعد مضى مدة لها أجرة يقبل قول المالك فى الأصح فى

ماضيها ، وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والوجيز ، والهداية ، والمذهب ، والخلاصة وغيرهم . وقدمه فى المستوعب ، والتلخيص ، والرعاية الكبرى ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

قال الحارثى : هو قول معظم الأصحاب .

وقيل : القول قول الراكب . اختاره ابن عقيل فى تذكرته .

قال فى المستوعب : وهو محمول على ما إذا اختلفا عقب قبض العين ، وقبل انتفاع القابض . يعنى : المسألة الأولى .

قال فى التلخيص : وعندى أن كلامه على ظاهره . وعلله .

فعلى المذهب : يحلف على نفى الإعارة .

وهل يتعرض لإثبات الإجارة ؟

قال الحارثى : ظاهر كلام المصنف والأكثرين : التعرض .

وقال فى التلخيص : لايتعرض لإثبات الإجارة ، ولا للأجرة المسماة . وقطع به .

قال الحارثى : وهو الحق .

فعلى هذا الوجه : يجب أقل الأجرين من المسمى ، أو أجرة المثل . جزم به فى التلخيص .

قوله ﴿ وَهَلْ يَسْتَحِقُّ أُجْرَةَ الْمِثْلِ أَوِ الْمُدَّعي إِنْ زَادَ عَلَيْهَا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الفائق ، وشرح ابن منجا ، والمحرر .

أحدهما : له أجرة المثل . وهو الصحيح من المذهب . وصححه المصنف ، والشارح ، وصاحب التصحيح ، وتصحيح المحرر ، والنظم ، وغيرهم . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

والوجه الثاني : يستحق المدعى إن زاد على أجرة المثل .

وقيل : له الأقل من المسمى ، وأجرة المثل . اختاره فى المحرر . وأطلقهن الحارثى .

وقيل : يستحق المسمى مطلقاً .

فائدتان

إحداهما : وكذا الحكم لو ادعى بعد زرع الأرض أنها عارية . وقال رب الأرض : بل إجارة . ذكره الشيخ تقى الدين رحمه الله .

قلت : وكذا جميع ما يصلح للإجارة والإعارة ، إذا اختلفا بعد مضى مدة لها أجرة .

الثانية : قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : أَعَرْتُكَ . قَالَ: بَلْ أَجَّرْتَنِي ، وَالبَهِيمَةُ تَالِفَةٌ فَالْقَوْلُ قَوْلُ المَالِكِ ﴾ .

بلا نزاع . وكذا مثلها فى الحكم لو قال : أعرتنى . قال : بل أودعتك . فالقول قول المالك . ويضمن ما انتفع منها . وكذا لو اختلفا فى ردها . فالقول قول المالك .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : أَعَرْتَنِي ، أَوْ أَجَّرْتَنِي . قَالَ : بَلْ غَصَبْتَنِي ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ المَالِكِ ﴾ .

فى أنه ما أجر ولا أعار بلا نزاع . ثم هنا صورتان .

إحداها : أن يقول : أعرتنى . فيقول المالك : بل غصبتنى . فإن وقع الاختلاف عقيب العقد ، والدابة باقية : أخذها المالك ، ولا معنى للاختلاف . وكذا إن كانت تالفة . قاله المصنف وغيره .

قال الحارثى : ويحلف . على أصح الوجهين .

وإن وقع بعد مضى مدة لها أجرة . فيجب عليه أجرة المثل . لأن القول

قول المالك . على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وصححوه .

وقيل : القول قول الراكب . وأطلقهما فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق .

الصورة الثانية : قال أجرتنى . قال : بل غصبتنى . فالقول قول المالك . على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم . وصححوه .

وقيل : القول قول الراكب .

تنبيهان

أحدهما : ثمرة الخلاف تظهر فى هـذه الصورة مع التلف . فتجب القيمة على المذهب .

وعلى الثانى : لا شىء على الراكب . ويحلف ويبرأ .

ومع عدم التلف يرجع بالعين فى الحال مع اليمين بلا نزاع . ولا يأتى الوجه الآخر هنا . قاله الحارثى .

وأما الأجرة : فمتفقان عليها . اللهم إلا أن يتفاوت المسمى وأجرة المثل . فإن كان أجر المثل أقل أخذه المالك . وكذلك لو استويا ، ويحلف . على الصحيح . وإن كان الأجر أكثر حلف ولا بد وجهاً واحداً . قاله الحارثى .

الثانى : قوله ﴿ وَقِيلَ : القَوْلُ قَوْلُ الغَاصِبِ ﴾ فيه تجوز .

قال الحارثى : وليس بالحسن . وكان الأجود أن يقول : القابض أو الراكب ونحوه . إذ قبول القول ينافى كونه غاصباً . انتهى .

فائدة : لو قال المالك : أعرتك . قال : بل أودعتنى . فالقول قول المالك ، ويستحق قيمة العين إن كانت تالفة .

ولو قال المالك : أودعتك . قال : بل أعرتنى . فالقول قول المالك أيضاً . ويستحق أجرة ما انتفع بها . فهو كما لو قال : غصبتنى . ذكرهما فى المستوعب وغيره .

كتاب الغصب

قوله ﴿ وَهُوَ الاسْتِيلاءُ عَلَى مَالِ الغَيْرِ قَهْرًا بِغَيْرِ حَقٍّ ﴾ .

وكذا قال فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمذهب الأحمد ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

وليس بجامع . لعدم دخول غصب الكلب ، وخمر الذمى ، والمنافع ، والحقوق ، والاختصاص .

قال الحارثى : وحقوق الولايات ، كمنصب الإمارة ، والقضاء .

قال الزركشى : الاستيلاء يستدعى القهر والغلبة . فإذن قوله « قهراً » زيادة فى الحد . ولهذا أسقطه فى المغنى . انتهى .

قلت : الذى يظهر : أن « الاستيلاء » يشمل القهر والغلبة وغيرهما . فلو اقتصر على الاستيلاء لورد عليه المسروق ، والمنتهب ، والمختلس . فإن ذلك لا يسمى غصباً . و يقال : استولى عليه .

وقال فى المطلع : فلو قال « الاستيلاء على حق غيره » لصح لفظاً وعم معنى . انتهى .

وقوله « لصح لفظاً » لكون المصنف أدخل الألف واللام على « غير » .

قال : والمعروف عند أهل اللغة عدم دخولهما عليها .

قلت : قد حكى النووى رحمه الله فى تهذيب الأسماء واللغات عن غير واحد من أهل العربية : أنهم جوزوا دخولها على « غير » .

وممن أدخل الألف واللام على « غير » من الأصحاب : من تقدم ذكره ، وصاحب المحرر ، والرعايتين ، والحارثى .

وقال فى الرعايتين : هو الاستيلاء على مال الغير قهراً ظلماً .

و يرد عليه ما تقدم .

وقال فى الفروع ــ تبعاً للحارثى ــ هو الاستيلاء على حق غيره قهراً ظلماً .

قال الحارثي : هذا أسد الحدود .

قلت : فهو أولى من حد صاحب المطلع وأمنع . فإنه يرد على حد صاحب المطلع : لو استولى على حق غيره من غير ظلم ولا قهر : أنه يسمى غصباً . وليس كذلك . اللهم إلا أن يكون مراده ذلك مع بقية حد المصنف . وهو الظاهر .

وقال في الوجيز : هو الاستيلاء على حق غيره ظلماً .

ويرد عليه ما أخذ من غير قهر .

وقال في تجريد العناية : هو استيلاء غير حربي على حق غيره قهراً بغير حق

قلت : هو أصح الحدود وأسلمها .

ويرد على حد غيره : استيلاء الحربي . فإنه استيلاء على حق غيره قهراً بغير حق . وليس بغصب . على ما يأتي قريباً في كلام الشيخ تقي الدين رحمه الله .

وقال في المحرر : هو الاستيلاء على مال الغير ظلماً .

وتابعه في الفائق ، وإدراك الغاية . ومعناه في الكافي ، والعمدة ، والمغني .

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : وقوله « على مال الغير ظلماً » يدخل فيه مال المسلم ، والمعاهد . وهو المال المعصوم . ويخرج منه استيلاء المسلمين على أموال أهل الحرب . فإنه ليس بظلم .

ويدخل فيه استيلاء أهل الحرب على مال المسلمين . وليس بجيد ، فإنه ليس من الغصب المذكور حكمه . هذا بإجماع المسلمين . إذ لا خلاف أنه لا يضمن بالإتلاف ، ولا بالتلف . وإنما الخلاف في وجوب رد عينه إذا قدرنا على أخذه . وأما أموال أهل البغي ، وأهل العدل : فقد لا يرد . لأنه هناك لا يجوز الاستيلاء على عينها . ومتى أتلفت بعد الاستيلاء على عينها ضمنت . وإنما الخلاف في ضمانها بالإتلاف وقت الحرب .

ويدخل فيه ما أخذه الملوك والقطاع من أموال الناس بغير حق من المكوس وغيرها .

فأما استيلاء أهل الحرب بعضهم على بعض : فيدخل فيه . وليس بجيد .

لأنه ظلم . فيحرم عليهم قتل النفوس ، وأخذ الأموال إلا بأمر الله .

لـكن يقال : لما كان المأخوذ مباحاً بالنسبة إلينا لم يصر ظلماً فى حقنا ، ولا فى حق من أسلم منهم .

فأما ما أخذ من الأموال والنفوس ، أو أتلف منهما فى حال الجاهلية : فقد أقر قراره . لأنه كان مباحاً . لأن الإسلام عفا عنه . فهو عفو بشرط الإسلام . وكذا بشرط الأمان . فلو تحاكم إلينا مستأمنان حكمنا بالاستقرار . انتهى .

قلت : و يرد عليه ماورد على المصنف وغيره مما تقدم ذكره .

و يرد عليه أيضاً المسروق ، والمختلس ، ونحوهما .

قوله ﴿ وَيُضْمَنُ الْعَقَارُ بِالْغَصْبِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . حتى إن القاضى وأكثر أصحابه لم يذكروا فيه خلافاً .

وعنه : مايدل على أن العقار لايضمن بالغصب . نقله ابن منصور .

فائدتان

إحداهما : يحصل الغصب بمجرد الاستيلاء قهراً ظلماً ، كما تقدم . على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

وقيل : يعتبر فى غصب ماينقل نقله . وجزم به فى التلخيص ، إلا ما استثناه فيه.

وفى الترغيب . فقال : إلا فى ركوبه دابة ، وجلوسه على فراش . فإنه غاصب . وأطلق الوجهين فى الرعاية .

وقال : ومن ركب دابته ، أو جلس على فراشه ، أو سريره قهراً : فهو غاصب .

الثانية : قال فى القاعدة الحادية والتسعين : من الأصحاب من قال : منفعة البُضع لاتدخل تحت اليد . و به جزم القاضى فى خلافه ، وابن عقيل فى تذكرته ، وغيرهما . وفرعوا عليه صحة تزويج الأمة المغصوبة . وأن الغاصب لايضمن مهرها ولو حبسها عن النكاح حتى فات بالـكبر .

وخالف ابن المنى . وجزم فى تعليقه بضمان مهر الأمة بتفويت النكاح . وذكر فى الحرة تردداً ، لامتناع ثبوت اليد عليها .

قوله ﴿ وَإِنْ غَصَبَ كَلْباً فِيهِ نَفْعٌ ، أَوْ خَمْرَ ذِمِّيٍّ : لَزِمَهُ رَدُّهُ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم . وقدمه فى الفروع وغيره .

وذكر فى الانتصار : لا ترد الخمر . وتلزم إراقتها إن حُدَّ ، وإلا لزمه تركه . وعليهما يخرج تعذير مريقه .

وقال في القواعد الأصولية : لو غصب مسلم خمر ذمّيّ : انبنى وجوب ردها على ملكها لهم . وفيه روايتان . حكاهما القاضى يعقوب وغيره .

إحداهما : يملكونها . فيجب الرد . وهذا قول جمهور أصحابنا .

والثانية : لا يملكونها . فينبغى وجوب الرد .

وقد يقال : لا يجب .

واتفق الأصحاب على إراقتها إذا أظهرها . ولو أتلفها لم يضمنها عند الجمهور . وخرج أبو الخطاب وجهاً بضمان قيمتها . إذا قلنا : إنها مال لهم . وأباه الأكثرون .

وحكى لنا قول : يضمنها الذمى للذمى .

وقال فى الترغيب ، وعيون المسائل : ترد الخمر المحترمة ، ويرد ما تخلل بيده إلا ما أريق فجمعه آخر فتخلل . لزوال يده هنا .

وتقدم فى أول باب إزالة النجاسة : أن الصحيح : أن لنا خمراً محترمة . وهى خمرة الخلال .

ويأتى فى حد المسكر : هل يحد الذمى بشربها فى كلام المصنف .

تنبيهان

أحدهما : محل الخلاف إذا كانت مستورة . فأما إذا لم تكن مستورة فلا يلزمه ردها . قولا واحداً .

الثانى : ظاهر كلام المصنف : أنه لو غصب خمر مسلم لايلزمه رده . وهو صحيح . لكن لو تخللت فى يد الغاصب وجب ردها . ذكره القاضى ، وابن عقيل ، والأصحاب . لأن يد الأول لم تزل عنها بالغصب . فكأنها تخللت فى يده . قاله فى القاعدة الخامسة والثمانين .

وقال : واختلفت عبارات الأصحاب فى زوال الملك بمجرد التخمير . فأطلق الأكثرون الزوال . منهم القاضى ، وابن عقيل .

وظاهر كلام بعضهم : أن الملك لم يزل . منهم صاحب المغنى فى كتاب الحج . وفى كلام القاضى مايدل عليه .

و بكل حال لو عاد خلا عاد الملك الأول بحقوقه من ثبوت الرهنية وغيرها . حتى لو خلف خمراً وديناً فتخللت : قضى منه دينه . ذكره القاضى فى المجرد ، فى الرهن . انتهى .

قوله ﴿ وَإِنْ أَتْلَفَهُ : لَمْ يَلْزَمْهُ قِيمَتُهُ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وعنه : يلزمه قيمة الخمر .

وخرج يضمنها الذمى بمثلها .

قال فى الفروع : وعنه يرد قيمتها . وقيل : ذمى .

وقال فى الإيضاح : يضمن الكلب .

ويأتى قريباً إذا صاد بالكلب وغيره من الجوارح : هل يرد الصيد ، وتلزمه الأجرة أيضاً أم لا ؟ فى كلام المصنف .

وتقدم أول الضمان « إذا أسلم المضمون له ، أو المضمون عنه . هل يسقط الدين إذا كان خمراً ؟ » .

قوله ﴿ وَإِنْ غَصَبَ جِلْدَ الْمَيْتَةِ ، فَهَلْ يَلْزَمُهُ رَدُّهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادى ، والرعاية الصغرى ، والحاوى ، والفائق ، وغيرهم . وهما مبنيان على طهارته بالدبغ وعدمها .

فإن قلنا : يطهر بالدبغ : وجب رده . وإن قلنا : لا يطهر بالدبغ : لم يجب رده .

وقد علمت أن المذهب : لا يطهر بدبغه . فلا يجب رده هنا .

هذا هو الصحيح من المذهب . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، وابن منجا وغيرهم .

وقدم هذه الطريقة فى الكافى ، والفروع ، وشرح ابن رزين ، وغيرهما .

وقيل : لايجب رده . ولو قلنا : يطهر بالدبغ

وقال فى الفروع : وفى رد جلد ميتة وجهان . وقيل : ولو طهر .

فظاهره : أن المقدم عنده : أن الخلاف على القول بعدم الطهارة .

قوله ﴿ فَإِنْ دَبَغَهُ ، وَقُلْنَا بِطَهَارَتِهِ : لَزِمَهُ رَدُّهُ ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . قدمه فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

وجزم به ابن منجا ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

وقيل : لايلزمه رده ، لصيرورته مالاً بفعله ، بخلاف الخمرة المتخللة . وهو احتمال للمصنف ، والشارح .

قال الحارثى : وفى هذا الفرق بحث .

وأطلق فى الفروع فى لزوم رده إذا دبغه الغاصب وجهين .

قال الحارثى : وإن كان الغاصب دبغه ، ففى رده الوجهان المبنيان .

وإن قلنا : لايطهر لم يجب رده ، على الصحيح من المذهب . قدمه فى المغنى ، والكافى ، والشرح ، والفائق ، وغيرهم .

وقيل : يجب رده إذا قلنا يباح الانتفاع به فى اليابسات . وكذلك قبل الدبغ . وجزم به الحارثى فى شرحه .

وظاهر الفروع : إطلاق الخلاف ، كما تقدم .

وقال فى الرعاية الكبرى : وإن غصب جلد متية فأوجه : الرد ، وعدمه .

والثالث : إن قلنا : يطهر بدبغه ، أو ينتفع به فى يابس : رده ، وإلا فلا .

وإن أتلفه فهدر . وإن دبغه ــ وقلنا : يطهر ــ رده . انتهى .

قوله ﴿ وَإِنِ اسْتَوْلَى عَلَى حُرٍّ : لَمْ يَضْمَنْهُ بِذَلِكَ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

قال فى الفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير : ولا يضمن حر بغصبه فى الأصح .

قال الحارثى : هذا المذهب . وعليه جمهور الأصحاب . لأن اليد لايثبت حكمها على الحر .

وفى التلخيص وجه بثبوت اليد عليه .

وبنى على هذا : هل لمستأجر الحر إيجاره من آخر ؟ إن قيل : بعدم الثبوت امتنع الإيجار . وإنما هو يسلم نفسه ، وإلا فلا يمتنع .

فعلى المذهب : لو غصب دابة عليها مالكها ومتاعه : لم يضمن ذلك الغاصب قاله القاضى فى الخلاف الكبير . واقتصر عليه فى القاعدة الثامنة والتسعين .

قوله ﴿ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ صَغِيراً . فَفِيهِ وَجْهَانِ ﴾ .

وأطلقهما فى المغنى ، والرعاية الـكبرى ، والقواعد الفقهية ، والشرح ، والفائق والحارثى .

أحدهما : لايضمنه . وهو المذهب . صححه فى التصحيح . وجزم به فى الوجيز وشرح ابن رزين ، وغيرهما . وقدمه فى الفروع وغيره وهو ظاهرماقطع به فى الهداية والمذهب ، والخلاصة ، وغيرهم .

والوجه الثانى : يضمنه . قدمه فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير

وقدم فى النظم : أن الصغير لو لدغ أو صعق : وجوب الدية .

وقال ابن عقيل : لا تجب ، كما لو مرض . على الصحيح .

ويأتى هذا فى أوائل كتاب الديات فى كلام المصنف .

فعلى المذهب : هل يضمن ثيابه وحليته ؟ على الوجهين . وأطلقهما فى الشرح ، والنظم ، والفروع ، وشرح ابن منجا ، والحاوى الصغير ، والرعايتين .

أحدهما : يضمنها . صححه فى التصحيح ، والفائق .

قال الحارثى : وهو أصح .

والوجه الثانى : لايضمنها . جزم به فى المغنى ، والوجيز .

فائدة : وكذا الحـكم والخلاف فى أجرته مدة حبسه ، على مايأتى ، وإيجار المستأجر له . قاله فى الفروع . وجزم فى الوجيز هنا بوجوب الأجرة .

قوله ﴿ وَإِنِ اسْتَعْمَلَ الْحُرَّ كُرْهًا فَعَلَيْهِ أُجْرَتُهُ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . وقطعوا به .

ولو منعه العمل من غير حبس ، ولو عبداً . لم يلزمه أجرته . جزم به فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والفائق وغيرهم .

قال فى الفروع : ويتوجه بلى فيهما .

قلت : وهو الصواب . وهو فى العبد آكد .

وقال فى الترغيب : فى منفعة حر وجهان .

وقال فى الانتصار : لايلزمه بإمساكه . لأن الحر فى يد نفسه ، ومنافعُهُ تلفت معه . كما لايضمن نفسه وثوبه الذى عليه ، بخلاف العبد .

وكذا قال فى عيون المسائل : لايضمنه إذا أمسكه . لأن الحر فى يد نفسه ، ومنافعه تلفت معه . كما لايضمن نفسه وثوبه الذى عليه ، بخلاف العبد . فإن يد الغاصب ثابتة عليه ، ومنفعته بمنزلته .

قوله ﴿ وَإِنْ حَبَسَهُ مُدَّةً ، فَهَلْ يَلْزَمُهُ أُجْرَتُهُ ؟ على وجهين ﴾ .

وهما احتمالان فى الهداية . وأطلقهما فيها ، وفى المذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والكافى ، والهادى ، والشرح ، والمحرر ، والفائق ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

أحدهما : يلزمه . وهو الصحيح . صححه فى التصحيح . وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه ابن رزين فى شرحه .

والوجه الثانى : لايلزمه . صححه الناظم .

قال الحارثى : وهو الأصح . وعليه دل نصه .

وتقدم فى التى قبلها مايستأنس به فى هذه المسألة .

قوله ﴿ وَإِنْ خَلَطَهُ بِمَا يَتَمَيَّزُ مِنْهُ : لَزِمَهُ تَخْلِيصُهُ إن أمكن ﴾ .

وكذا إن أمكن تخليص بعضه . وإن لم يمكن تخليصه منه فسيأتى فى أول الفصل الرابع من الباب .

قوله ﴿ وَإِنْ زَرَعَ الأَرْضَ ، وَرَدَّهَا بَعْدَ أَخْذِ الزَّرْعِ : فَعَلَيْهِ أُجْرَتُهَا ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

ونقل حرب : حكمها حكم الزرع الذى لم يحصد .

قال فى الفائق : قلت : وجنح ابن عقيل إلى مساواة الحكمين .

واختاره صاحب الفائق فى غير الفائق . ورد كلام الأصحاب .

قال فى القاعدة التاسعة والسبعين : ووهم أبو حفص ناقلها على أن من الأصحاب من رجحها ، بناء على أن الزرع نبت على ملك مالك الأرض ابتداء . والمعروف فى المذهب : خلافه . انتهى .

قال الحارثى : هذا المعروف عند الأصحاب .

قال ، وعنه : يحدث على ملك رب الأرض . ذكره القاضى يعقوب . ومنع فى تعليقه من كونه ملكاً للغاصب .

وقال : لا فرق بين ما قبل الحصاد و بعده . على ما نقله حرب .

قال الحارثى : وكذا أورده القاضى فى تعليقه الكبير ، فيما أظن ـ أو أجزم ـ وأرده شيخنا أبو بكر بن الصيرفى فى كتاب نوادر المذهب . انتهى .

قال فى الفائق ، وقال القاضى يعقوب : لا فرق بين ما قبل الحصاد و بعده . فى إحدى الروايتين .

و بناه على أن زرع الغاصب : هل يحدث على ملك صاحب البذر ، أوصاحب الأرض ؟ على روايتين . والحدوث على ملك صاحب الأرض هو المختار . انتهى .

وقال أيضاً : وهل القياس كون الزرع لرب البذر ، أو لرب الأرض ؟ المنصوص : الأول .

وقال ابن عقيل ، والشيخ تقى الدين رحمه الله : الثانى .

وقال الشيخ تقى الدين أيضاً : ينبنى هذا على المدفوع . إن كان النفقة : فلرب الأرض مطلقاً . والمنصوص : التفرقة .

فعلى المذهب : على الغاصب أجرة المثل .

وعلى الرواية الثانية : للغاصب نفقة الزرع . وأما مؤنة الحصاد : فيحتمل أن تكون كذلك . ويحتمل أن لا تجب .

قال الحارثي : وهو الأقوى .

تنبيه : قوله ﴿ وَرَدَّهَا بَعْدَ أَخْذِ الزَّرْعِ ﴾ .

هذا المذهب . أعني : أنه يشترط أن يكون قد حصده . وعليه أكثر الأصحاب .

وقال في الرعاية ، قيل : أو استحصد قبله ولم يحصد .

قوله ﴿ وَإِنْ أَدْرَكَهَا رَبُّهَا ، وَالزَّرْعُ قَائِمٌ : خُيِّرَ بَيْنَ تَرْكِهِ إِلَى الْحَصَادِ بِأُجْرَتِهِ ، وَبَيْنَ أَخْذِهِ بِعِوَضِهِ ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . نص عليه .

قال الحارثي : تواتر النص عن الإمام أحمد رحمه الله : أن الزرع للمالك . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به في الوجيز ، وغيره . وقدمه في الفروع ، وغيره .

قال الزركشي : هو قول القاضي ، وعامة أصحابه ، والشيخين . انتهى .

قال الحارثي : هو قول القاضي ، وجمهور أصحابه ، ومن تلاهم ، والمصنف في سائر كتبه . وهو من مفردات المذهب . قال ناظمها :

بالإحترام احكم لزرع الغاصب ... وليس كالباني ، أو كالناصب
إن شاء رب الأرض ترك الزرع ... بأجرة المثل فوجه مرعي
أو ملكه إن شاء بالإنفاق ... أو قيمة للزرع بالوفاق

ويحتمل أن يكون الزرع للغاصب ، وعليه الأجرة . وهذا الإحتمال لأبي الخطاب وقيل : له قلعه إن ضمنه .

واختار ابن عقيل ، وغيره : أن الزرع لرب الأرض ، كالولد . فإنه لسيد الأم ، لكن المنيُّ لا قيمة له ، بخلاف البذر . ذكره الشيخ تقي الدين رحمه الله .

قال الزركشي : وهذا القول ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله فى عامة نصوصه ، والخرقى ، والشيرازى ، وابن أبى موسى ـ فيما أظن ـ وعليه اعتمد الإمام أحمد .

وكذا قال الحارثى : ظاهر كلام من تقدم من الأصحاب ـ كالخرقى ، وأبى بكر وابن أبى موسى ـ عدم التخيير . فإن كلا منهم قال : الزرع لمالك الأرض ، وعليه النفقة .

وهذا بعينه : هو المتواتر عن الإمام أحمد رحمه الله . ولم يذكر أحد عنه تخييراً . وهو الصواب . والله . انتهى .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : فيمن زرع بلا إذن شريكه ـ والعادة بأن من زرع فيها له نصيب معلوم ، ولربها نصيب ـ : قسم مازرعه فى نصيب شريكه كذلك . قال : ولو طلب أحدهما من الآخر أن يزرع معه أو يهايئه فيها فأبى . فللأول الزرع فى قدر حقه بلا أجرة ، كدار بينهما فيها بيتان سكن أحدهما عند امتناعه مما يلزمه . انتهى .

قلت : وهذا الصواب . ولا يسع الناس غيره .

قوله ﴿ وَهَلْ ذَلِكَ قِيمَتُهُ ، أَوْ نَفَقَتُهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وهما وجهان في نسخة مقروءة على المصنف . وفى نسخة روايتان ، وعليهما شرح الشارح ، وابن منجا .

قال الحارثى : حكاهما متأخرو الأصحاب والمصنف فى كتابه الكبير روايتين . وأوردهما هنا وجهين .

قال : والصواب أنهما روايتان .

قال هو والشارح : والمنقول عن الإمام أحمد فى ذلك روايتان . وأطلقهما فى الهداية ، وتذكرة ابن عقيل ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والمغنى ، والكافى ، والهادى ، والتلخيص ، والبلغة ، والشرح ، والزركشى .

إحداهما : يأخذه بنفقته . وهى ما أنفق من البذر ومؤنة الزرع ، من الحرث

والسقى وغيرهما . وهو المذهب ، وهو ظاهر كلام الخرقى ، والشيرازى .

واختاره القاضى فى رءوس المسائل ، وابن عقيل .

قال الحارثى : وهو المذهب . وعليه متقدمو الأصحاب ، كالخرقى ، وأبى بكر ثم ابن أبى موسى ، والقاضى فى كتابى المجرد ورءوس المسائل ، وابن عقيل . لصريح الأخبار المتقدمة فيه . انتهى .

وصححه فى التصحيح . وجزم به فى الطريق الأقرب ، والوجيز . وقدمه فى الخلاصة ، والفروع ، والفائق .

والرواية الثانية : يأخذه بقيمته زرعاً الآن .

صححه القاضى فى التعليق . وجزم به فى العمدة ، والمنور ، ومنتخب الأزجى وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وتجريد العناية ، وإدراك الغاية . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

قلت : والنفس تميل إليه .

قال ابن الزاغونى : أصلهما هل يضمن ولد المغرور بمثله ، أو قيمته ؟

وعنه رواية ثالثة : يأخذه بأيهما شاء . نقلها مهنا . قاله فى الفروع .

قال الحارثى : وحكى القاضى حسين ــ فى كتاب التمام ــ عن أخيه أبى القاسم رواية بالتخيير . وهو الظاهر من إيراد القاضى يعقوب فى التعليق . وذكر نص مهنا .

وقال فى الفائق : وخرج أبو القاسم بن القاضى رواية بالخيرة . فكأنه ماطلع على كلام الحارثى ، أو أن لأبى القاسم تخريج رواية . ثم اطلع ، فوافق التخريج لها .

فعلى الرواية الثانية ، واحتمال أبى الخطاب : لرب الأرض أجرتها إلى حين تسليم الزرع . على الصحيح من المذهب . جزم به فى المغنى ، والشرح ، والحارثى ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وذكر أبو يعلى الصغير : أنه لا أجرة له . ونقله إبراهيم بن الحارث .

وعلى المذهب ــ أعنى إذا أوجبنا رد النفقة ــ فقال فى المغنى ، والشرح : يرد

مثل البذر . وبه قال ابن الزاغونى . لأن البذر مثلى . ونصره الحارثى .

وقال القاضى فى المجرد : يجب ثمن البذر .

تنبيه : قال الحارثى : عبر المصنف بالنفقة عن عوض الزرع . وكذلك عبر أبو الخطاب ، والسامرى ، وصاحب التلخيص ، وغيرهم . وليس بالجيد . لوجهين .

أحدهما : أن المعاوضة تستلزم ملك المعوَّض . ودخول الزرع فى ملك الغاصب باطل بالنص . كما تقدم . فبطل كونها عوضا عنه .

الثانى : الأصل فى المعاوضة : تفاوتهما وتباعدهما . فدل على انتفاء المعاوضة . والصواب : أنها عوض البذر ولواحقه . انتهى .

فائدة : يزكيه رب الأرض ، إن أخذه قبل وجوب الزكاة . وإن أخذه بعد الوجوب : ففى وجوب الزكاة عليه وجهان . وأطلقهما فى الفروع ، والقواعد الفقهية .

قلت : الصحيح أنه لايزكيه ، بل تجب الزكاة على الغاصب . لأنه ملكه إلى حين أخذه . على الصحيح ، كما تقدم .

وعلى مقتضى النصوص واختيار الخرقى ، وأبى بكر ، وابن أبى موسى ، والحارثى ، وغيرهم : يزكيه رب الأرض . لأنهم حكموا أن الزرع من أصله لرب الأرض . وعلى هذا يكون هذا المذهب .

قوله ﴿ وَإِنْ غرَسَهَا ، أَوْ بَنَى فِيهَا : أُخِذَ بِقَلْعِ غَرْسِهِ وَبِنَائِهِ وَتَسْوِيَةِ الأَرْضِ ، وَأَرْشِ نَقْصِهَا وَأُجْرَتِهَا ﴾ .

وهذا مقطوع به عند جمهور الأصحاب .

إلا أن صاحب الرعاية قال : لزمه القلع فى الأصح .

قال فى القاعدة السابعة والسبعين : والمشهور عن الإمام أحمد رحمه الله : للمالك قلعه مجانا ، وعليه الأصحاب .

وعنه : لايقلع ، بل يتملكه بالقيمة .

وعليهـا : لايقلع إلا مضموناً ، كغرس المستعير . كذلك حكاها القاضى ، وابن عقيل .

تنبيه : شمل كلام المصنف : ما لو كان الغارس أو البانى أحد الشريكين . وهو كذلك ، حتى ولو لم يغصبه ، لـكن غرس أو بنى من غير إذن . وهو صحيح نص عليه فى رواية جعفر بن محمد : أنه سئل عن رجل غرس نخلاً فى أرض بينه و بين قوم مشاعاً ؟ قال : إن كان بغير إذنهم قلع نخله .

و يأتى هذا أيضاً فى الشفعة .

فوائد

منها : لو زرع فيها شجراً بنواه . فالمنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله ـ وعليه الأصحاب ـ : أنه له ، كما فى الغراس .

و يحتمل كونه لرب الأرض . لدخوله فى عموم أخبار الزرع . قاله الحارثى .

ومنها : لو أثمر ما غرس الغاصب ، فقال فى المجرد ، والفصول ، وصاحب المستوعب ، ونوادر المذهب : الثمر لمالك الأرض ، كالزرع . إن أدركه أخذه ورد النفقة ، و إلا فهو للغاصب .

واختاره القاضى . ونص عليه فى رواية على بن سعيد .

قال فى الفروع : ونصه فيمن غرس أرضاً : الثمرة لرب الأرض ، وعليه النفقة .

وقال المصنف فى المغنى ، والشارح ، وصاحب الفائق ، وابن رزين : لو أثمر ماغرسه الغاصب ، فإن أدركه صاحب الأرض بعد الجذاذ : فللغاصب . وكذلك قبله .

وعنه : لمالك الأرض ، وعليه النفقة . انتهوا .

قال ابن رزين ـ عن القول بأنه لصاحب الأرض ـ ليس بشىء .

قال الحارثى : وفيه وجه أنه للغاصب بكل حال .

وحكاه ابن الزاغونى فى كتاب الشروط رواية عن الإمام أحمد .

قال : وهذا أصح ، اعتباراً بأصله .

قال : والقياس على الزرع ضعيف .

واختار الحارثى ماقدمه المصنف . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

ومنها : لو جصص الدار وزوقها ، فحكمها كالبناء . قاله فى الكافى . ولو وهب ذلك لمالكها ، ففى إجباره على قبوله وجهان ، كالصبغ فى الثوب ، على مايأتى .

ومنها : لو غصب أرضاً ، فبناها داراً بتراب منها وآلات من المغصوب منه : فعليه أجرتها مبنية . وإن كانت آلاتها من مال الغاصب : فعليه أجرة الأرض دون بنائها . لأنه إنما غصب الأرض ، والبناء له . فلم يلزمه أجرة ماله . فلو أجرها فالأجرة لهما بقدر قيمتهما .

نقل ابن منصور – فيمن بنى فيها ويؤجرها – الغلة على النصيب .

ونقل ابن منصور أيضاً : ويكون شريكا بزيادة بناء .

ومنها : لو طلب أخذ البناء أو الغراس بقيمته ، وأبى مالكه إلا القلع : فله ذلك ، ولا يجبر على أخذ القيمة . وفى البناء تخريج : إذا بذل صاحب الأرض لصاحب القيمة : أنه يجبر على قبولها إذا لم يكن فى النقض غرض صحيح . وهو للمصنف . والمذهب : الأول .

وذكر ابن عقيل رواية فيه : لايلزمه . ويعطيه قيمته . ونقله ابن الحكم .

وروى الخلال فيه عن عائشة – رضى الله عنها – مرفوعا « له مانقص » .

قال أبو يعلى الصغير : هذا منعنا من القياس .

ونقل جعفر بن محمد فيها : لرب الأرض أخذه . وجزم به ابن رزين . وزاد : وتركه بأجرة . انتهى .

ومنها : إذا اتفقا على القيمة : فالواجب قيمة الغراس مقلوعاً . حكاه ابن أبى موسى وغيره .

وإن وهبهما الغاصب لرب الأرض ، ليدفع عن نفسه كلفة القلع : فقبله جاز .

و إن أبى إلا القلع ــ وكان فى قلعه غرض صحيح ــ لم يجبر على القبول . و إن لم يكن له فى القلع غرض صحيح ، ففى إجباره على القول : احتمالان . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والحارثى ، والفروع .

قال فى الرعاية : و إن وهبها لرب الأرض : لم يلزمه القبول ، إن أراد القلع ، و إلا احتمل وجهين . انتهى .

قلت : الأولى أنه لايجبر .

ومنها : لو غصب أرضاً وغراسا من شخص واحد ، فغرسه فيها : فالكل لمالك الأرض . فإن طالبه رب الأرض بقلعه ــ وله فى قلعه غرض صحيح ــ أجبر عليه . وعليه تسوية الأرض ونقصها ونقص الغراس .

و إن لم يكن فى قلعه غرض صحيح : لم يجبر على الصحيح من المذهب . قدمه فى المغنى ، والشرح ، والحارثى والفروع ، وغيرهم .

وقيل : يجبر . وهو احتمال للمصنف .

و إن أراد الغاصب قلعه ابتداء : فله منعه . قاله الحارثى ، وصاحب الرعاية ، وغيرهما . و يلزمه أجرته مبنيا ، كما تقدم .

فائدتان

إحداهما : لو غرس المشترى من الغاصب ولم يعلم بالحال . فقال ابن أبى موسى ، والقاضى فى المجرد ، وتبعه عليه المتأخرون : للمالك قلعه مجاناً . و يرجع المشترى بالنقص على من غرّه .

قال الحارثى : الحكم كما تقدم . قاله أصحابنا . وقدمه فى المحرر ، والرعايتين والحاوى الصغير ، وغيرهم .

وقال فى القاعدة السابعة والسبعين : المنصوص أنه يتملكه بالقيمة ، ولايقلع مجاناً . نقله حرب ، و يعقوب بن بختان . قال : ولايثبت عن الإمام أحمد رحمه الله سواه . وهو الصحيح . انتهى .

ويأتى فى كلام المصنف ماهو أعم من ذلك فى الباب فى قوله « وإن اشترى أرضاً فغرسها ، وبنى فيها ، فخرجت مستحقة » .

الثانية : الرطبة ونحوها : هل هى كالزرع فى الأحكام المتقدمة ، أو كالغراس ؟ فيه احتمالان . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والفائق ، وقواعد ابن رجب ، والزركشى .

أحدهما : أنه كالزرع . قدمه ابن رزين فى شرحه . وقال : لأنه زرع ليس له فرع قوى . فأشبه الحنطة .

قال الزركشى : ويدخل فى عموم كلام الخرقى .

قلت : وكذا غيره .

والوجه الثانى : هو كالغراس .

قال الناظم : وكالغرس فى الأقوى : المكررُ جَزُّه .

ويأتى قريباً « لو حفر فى الأرض بئراً » .

قوله ﴿ وَإِنْ غَصَبَ لَوْحًا فَرَقَعَ بِهِ سَفِينَةً : لَمْ يُقْلَعْ حَتَّى تَرْسَى ﴾ .

يعنى : إذا كان يخاف من قلعه . وهذا المذهب مطلقاً . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

قال فى القواعد الأصولية : هو المذهب عند الأصحاب .

وقيل : يقلع ، إلا أن يكون فيه حيوان محترم ، أو مال للغير . جزم به فى عيون المسائل . وهو احتمال لأبى الخطاب فى الهداية .

قال الحارثى : ومطلق كلام ابن أبى موسى يقتضيه . فإنه قال : من اغتصب ساجة فبنى عليها حائطاً ، أو جعلها فى سفينة : قلعت من الحائط أو السفينة . وإن استهدما بالقلع . انتهى .

فائدة : حيث يتأخر القلع ، فللمالك القيمة . ثم إذا أمكن الرد أخذه مع

الأرش إن نقص، واسترد الغاصب القيمة، كما لو أبق المغصوب. قاله الحارثى.

قلت: وقد شمله كلام المصنف الآتى. حيث قال «وإن غصب عبداً فأبق، أو فرساً فشرد، أو شيئاً تعذر رده مع بقائه: ضمن قيمته».

ولو قيل: بأنه تتعين له الأجرة إلى أن يقلع: لكان متجهاً.

قوله ﴿وَإِنْ غَصَبَ خَيْطًا، فَخَاطَ بِهِ جُرْحَ حَيَوَانٍ، وَخِيفَ عَلَيْهِ مِنْ قَلعِهِ: فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ، إلاَّ أَنْ يَكُونَ الحَيَوَانُ مَأْكُولاً لِلْغَاصِبِ. فَهَلْ يلْزَمُهُ رَدُّهُ، وَيَذْبَحُ الحَيَوَان؟ عَلَى وَجْهَيْنِ﴾.

إذا غصب خيطاً وخاط به جرح حيوان. فلا يخلو: إما أن يخاف على الحيوان بقلعه أو لا. فإن لم يخف عليه بقلعه: قلع.

وإن خيف عليه، فلا يخلو: إما أن يكون مأكولاً أو لا. فإن لم يكن مأكولاً، فلا يخلو: إما أن يكون محترماً، أو لا. فإن كان غير محترم ـ كالمرتد والكلب العقور، والخنزير، ونحوها ـ فله قلعه منه بلا نزاع.

وإن كان محترماً، فلا يخلو: إما أن يكون آدمياً، أو غيره. فإن كان آدمياً: لم يقلع. على الصحيح من المذهب إذا خيف عليه الضرر. وتؤخذ قيمته. قدمه فى الفروع. واختاره المصنف، والشارح، والحارثى، وغيرهم.

وقيل: لا تؤخذ قيمته إلا إذا خيف تلفه. ويقلع كغيره من الحيوانات المحترمة. فإنه لابد فيها من خوف التلف. على الصحيح. وفيه احتمال.

وهذا القول ظاهر ماقطع به فى الفائق، والمذهب، والتلخيص، والرعاية الصغرى، والحاوى الصغير. لأنهم قيدوه بالتلف. وقدمه فى الرعاية الكبرى. وهو احتمال للقاضى، وابن عقيل.

وإن كان مأكولاً، فلا يخلو: إما أن يكون للغاصب أو لا. فإن لم يكن للغاصب: لم يقلع. جزم به فى المغنى، والشرح، وشرح ابن منجا، وغيرهم.

وإن كان للغاصب ــ وهى مسألة المصنف ــ فأطلق الوجهين . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، وشرح الحارثى ، وابن منجا .

أحدهما : يذبح . ويلزمه رده . وهو المذهب . اختاره القاضى ، وغيره . قاله الحارثى . وصححه فى التصحيح ، والنظم . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الكافى .

والوجه الثانى : لا يذبح ، وترد قيمته . قدمه فى المستوعب ، والتلخيص ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

وفيه وجه ثالث : إن كان معداً للأكل ــ كبهيمة الأنعام ، والدجاج ، ونحوه ــ ذبح ورده ، وإلا فلا . وهو احتمال للمصنف .

قال الحارثى : وهو حسن . وأطلقهن فى الشرح ، والفروع .

قوله ﴿ وَإِنْ مَاتَ الحَيَوَانُ : لَزِمَهُ رَدُّهُ ، إلاَّ أَنْ يَكُونَ آدَمِيًّا ﴾

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى المغنى ، والتلخيص ، والشرح ، وشرح الحارثى ، والوجيز ، وغيرهم من الأصحاب . وقدمه فى الفروع ، وغيره

وقيل : يلزمه رده بموت الآدمى .

قال ابن شهاب : الحيوان أكثر حرمة من بقية المال . ولهذا لا يجوز منع مائه منه . ولو قتله دفعاً عن ماله : قتل ، لا عن نفسه .

فوائد

الأولى : لو غصب جوهرة فابتلعتها بهيمة . فقال الأصحاب : حكمها حكم الخيط . قاله المصنف ، والشارح ، والحارثى .

وقال : إن كانت مأكولة : ذبحت على الأشهر .

وقال المصنف فى المغنى : ويحتمل أن الجوهرة متى كانت أكثر قيمة من

الحيوان : ذبح الحيوان ، وردت إلى مالـكها . وضمان الحيوان على الغاصب ، إلا أن يكون آدمياً

الثانية : لو ابتلعت شاة رجلٍ جوهرة آخر غير مغصوبة ، وتوقف الإخراج على الذبح : ذبحت ، بقيد كون الذبح أقل ضرراً . قاله المصنف ، والشارح ومن تابعهما

قال الحارثي : واختيار الأصحـاب : عدم القيد . وعلى مالك الجوهرة ضمان نقص الذبح ، إلا أن يفرط مالك الشاة بكون يده عليها . فلا شيء له ، لتفريطه .

الثالثة : لو أدخلت الشاة رأسها فى قمقم ونحوه ، ولم يمكن إخراجه إلا بذبحها أو كسره . فهنا حالتان :

إحداهما : أن تـكون مأكولة . فللأصحاب فيها طريقان .

أحدهما — وهو قول الأكثرين . منهم القاضى ، وابن عقيل — إن كان لا بتفريط من أحد : كسر القدر ، ووجب الأرش على مالك البهيمة . وإن كان بتفريط مالـكها ، بأن أدخل رأسها بيده ، أو كانت يده عليها ونحوه : ذبحت من غير ضمان

وحكى غير واحد وجها بعدم الذبح . فيجب الـكسر والضمان .

وإن كانت بتفريط مالك القدر ، بأن أدخله بيده ، أو ألقاها فى الطريق : كسرت ولا أرش . قال ذلك الحارثى .

الطريق الثانى — وهو ما قاله المصنف والشارح — اعتبار أقل الضررين . إن كان الـكسر هو الأقل تعين ، وإلا ذبح ، والعكس كذلك .

ثم التفريط من أيهما حصل : كان الضمان عليه . وإن لم يحصل من واحد منهما : فالضمان على مالك البهيمة . إن كسر القدر وإن ذبحت البهيمة : فالضمان على صاحب القدر . وإن اتفقا على ترك الحال على ماهو عليه : لم يجز .

ولو قال من عليه الضمان : أنا أتلف مالى ولا أغرم شيئاً للآخر : كان له ذلك .

الحالة الثانية : أن تـكون غير مأكولة ، فتـكسر القدر . ولا تقتل البهيمة بحال . وهذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

قال المصنف ، والشارح : قاله الأصحاب .

قال الحارثى : قاله الأكثرون من الأصحاب .

وعلى هذا : لو اتفقا على القتل : لم يمكنا .

وقيل : حكمه حكم المأكول على ماتقدم .

وفيه وجه ثالث : أنه يقتل إن كانت الجناية من مالكها ، أو القتل أقل ضرراً .

قلت : وهو الصواب . وأطلقهن فى المغنى ، والشرح . وظاهر الحارثى : الإطلاق .

الرابعة : لو سقط دينار أو درهم ، أو أقل أو أكثر ، فى محبرة الغير ، وعسر إخراجه . فإن كان بفعل مالك المحبرة : كسرت مجاناً مطلقاً .

وإن كان بفعل مالك الدينار . فقال القاضى ، وابن عقيل : يخير بين تركه فيها و بين كسرها . وعليه قيمتها .

وعلى هذا : لو بذل مالك المحبرة لمالك الدينار مثل ديناره . فقيل : يلزمه قبوله . اختاره صاحب التلخيص فيه . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

وقيل : لايلزمه قبوله . وأطلقهما فى المحرر ، وشرح الحارثى ، والفروع .

وذكر المصنف والشارح فى إجبار مالك المحبرة على الكسر ابتداء : وجهين .

أحدهما : لا يجبر . قالا : وعليه نقص المحبرة .

قال الحارثى : ويجب على هذا الوجه : أن يقال بوجوب بذل الدينار . انتهى

والوجه الثاني : يجبر . وعلى مالك الدينار ضمان القيمة . واختاره صاحب التلخيص .

قال الحارثى : وهذا الوجه هو حاصل ماقال القاضى ، وابن عقيل من التخيير بين الترك والكسر .

وكيفما كان لو بادر وكسر عدواناً : لم يلزمه أكثر من قيمتها . وجهاً واحداً .

وإن كان السقوط لا بفعل أحد ، بأن سقط من مكان ، أو ألقاه طائر ، أو هر : وجب الكسر . وعلى رب الدينار الأرش .

فإن كانت المحبرة ثمينة ، وامتنع رب الدينار من ضمانها فى مقابلة الدينار ، فقال ابن عقيل : قياس قول أصحابنا أن يقال له : إن شئت أن تأخذ فاغرم ، وإلا فاترك ، ولا شىء لك .

قال الحارثى : والأقرب – إن شاء الله – سقوط حقه من الكسر هنا . ويصطلحان عليه .

ولو غصب الدينار وألقاه فى محبرة آخر ، أو سقط فيها بغير فعله : فالكسر متعين . وعلى الغاصب ضمانها ، إلا أن يزيد ضرر الكسر على التبقية فيسقط . ويجب على الغاصب ضمان الدينار . ذكره المصنف والشارح . وتابعهما الحارثى .

الخامسة : لو حصل مُهْر أو فصيل فى داره لآخر ، وتعذر إخراجه بدون نقض الباب : وجب النقض .

ثم إن كان عن تفريط مالك الدار ، بأن غصبه وأدخله : فلا كلام . وإن كان لا عن تفريط من أحد : فضمان النقض على مالك الحيوان .

وذكر المصنف احتمالاً باعتبار أقل الضررين . فإن كان النقض أقل : فكما قلنا . وإن كان أكثر : ذبح .

قال الحارثى : وهذا أولى .

وعلى هذا : إن كان الحيوان غير مأكول : تعين النقض .

وإن كان عن تفريط مالك الحيوان : لم ينقض وذبح ، وإن زاد ضرره . حكاه فى المغنى .

وذكر صاحب التلخيص : وجوب النقض وغرم الأرش .

وكلام ابن عقيل نحوه أو قريب منه . قاله الحارثى .

وقال : الأول الصحيح .

وإن كان المغصوب خشبة ، فأدخلها الدار : فهى كمسألة الفصيل ينقض الباب لإخراجها .

السادسة : لو باع داراً وفيها مايعسر إخراجه . فقال القاضى ، وابن عقيل ، وصاحب التلخيص ، وغيرهم : ينقض الباب ، وعليه ضمان النقض .

وقال المصنف : يعتبر أقل الضررين . إن زاد بقاؤه فى الدار ، أو تفكيكه إن كان مركباً ، أو ذبحه إن كان حيواناً على النقض : نقض مع الأرش .

وإن كان بالعكس : فلا نقض لعدم فائدته .

قال : و يصطلحان إما بأن يشتريه مشترى الدار ، أو غير ذلك . انتهى .

قوله ﴿ وَلَوْ غَصَبَ جَارِحًا . فَصَادَ بِه . أَوْ شَبَكَةً ، أَوْ شَرَكًا فَأَمْسَكَ شَيْئًا ، أَوْ فَرَسًا فَصَادَ عَلَيْه ، أَوْ غنِمَ : فَهُوَ لمالِكِهِ ﴾

إذا غصب جارحاً فصاد به ، أو فرساً فصاد عليه . فالصيد للمالك . على الصحيح من المذهب .

قال الحارثى : هذا المذهب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

قال فى تجريد العناية : فلر به فى الأظهر . وقدمه فى المغنى ، والشرح . وجزم به فى الصيد فى الفائق ، والرعاية فى غير الكلب .

وقيل : هو للغاصب . وعليه الأجرة . وهو احتمال فى المغنى .

قال الحارثى : وهو قوى . وجزم به فى التلخيص فى صيد الكلب . وأطلقهما فى الفروع ، والرعاية فى الكلب .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : يتوجه — فيما إذا غصب فرساً ، وكسب عليه مالاً — أن يجعل الكسب بين الغاصب ومالك الدابة على قدر نفعهما بأن تقوم منفعة الراكب ومنفعة الفرس . ثم يقسم الصيد بينهما .

وتقدم ذلك فى الشركة الفاسدة .

فعلى المذهب : هل يلزم الغاصب أجرة مدة اصطياده أم لا ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والرعاية ، والفروع .

أحدهما : لا يلزمه . قدمه الحارثى . وقال : هو الصحيح .

قال فى تجريد العناية : ولا أجرة لربه مدة اصطياده فى الأظهر .

والوجه الثانى : يلزمه . وهو قياس قول صاحب التلخيص فى صيد العبد ، على ما يأتى قريباً .

وأما سهم الفرس المغصوبة : فقد تقدم فى كلام المصنف أيضاً فى باب قسمة الغنيمة فى قوله « ومن غصب فرساً فقاتل عليه ، فسهمه لمالكه » وذكرنا الخلاف فيه هناك .

فأما إذا غصب شبكة ، أو شَرَكاً فصاد به . فجزم المصنف هنا : أنه لمالكه . وهو المذهب .

قال الحارثى : هذا المذهب . وعليه عامة الأصحاب . وجزم به ابن منجا فى شرحه . وقدمه فى الشرح .

والوجه الثانى : يكون للغاصب . وجزم به فى الوجيز .

وقال فى الفروع ــ بعد أن ذكر صيد الكلب ، والقوس ــ وقيل : وكذا أحبولة . وجزم به غير واحد فى كتب الخلاف . قالوا : على قياس قوله : ربح الدراهم لمالكها .

فائدة : صيد العبد المغصوب وسائر أكسابه : للسيد . بلا نزاع . وفى لزوم أجرته مدة اصطياده وعمله : الوجهان المتقدمان فى الجارحة .

قال فى التلخيص : ولا تدخل أجرته تحته ، إذا قلنا بضمان المنافع .

قوله ﴿ وَإِنْ غَصَبَ ثوباً فقَصَّرَهُ ، أَوْ غزْلاً فنَسَجَهُ ، أَوْ فِضَّةً ،

أَوْ حَدِيدًا فَضَرَبَهُ إِبَراً أَوْ أَوَانِيَ . أَوْ خَشَبًا فَنَجَرَهُ باباً ونحوه ، أَوْ شَاةً فَذَبَحَهَا وَشَوَاهَا : رَدَّ ذَلِكَ بِزِيَادَتِهِ وَأَرْشِ نَقْصِهِ . وَلاَ شَيْءَ لَهُ ﴾ .

وكذا لو غصب طيناً ، فضربه لبناً ، أو جعله فخاراً ، أو حباً فطحنه ، ونحو ذلك .

ذكر المصنف هنا : مايغير المغصوب عن صفته ، وينقله إلى اسم آخر ، كما مثل ونحوه . ففي هذا يكون الحكم كما قال المصنف ، على الصحيح من المذهب .

قال المصنف ، والشارح ، وصاحب الفائق : هذا ظاهر المذهب .

قال ابن منجا في شرحه : هذا المذهب .

قال الحارثي : اختاره المصنف ، والأكثرون من أهل المذهب . منهم : القاضي في المجرد ، وأبو علي بن شهاب ، وابن عقيل في الفصول . قال : وهو المختار .

قال في التلخيص : هذا الصحيح عندي . وصححه في النظم ، وغيره . وجزم به في الوجيز ، والمنور . وقدمه في المحرر ، والفروع ، والفائق .

وعنه : يكون شريكاً بالزيادة . اختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله . قاله في الفائق .

قال في الهداية ، والمستوعب : الصحيح من المذهب : إن زادت القيمة بذلك ، فالغاصب شريك المالك بالزيادة . انتهى .

وقدمه في الخلاصة ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، وناظم المفردات . وقال : رجحه الأكثر في الخلاف . انتهى .

واختاره القاضي في الجامع الصغير ، والقاضي يعقوب ، وابن عقيل في التذكرة ، وأبو الحسن بن بكروس .

وقيل : للغاصب أجرة عمله فقط ، إذا كانت الزيادة مثلها فصاعداً . أومأ إليه ابن أبي موسى . ذكره عنه في التلخيص .

قال الحارثى : قاله ابن أبى موسى ، والشيرازى .

فعلى هذا : إن عمل ولم يستأجر ، فلا شىء له . قاله الشيرازى فى المبهج .

وقال أبو بكر : يملكه ، وعليه قيمته قبل تغييره . وهو رواية نقلها محمد بن الحكم ، إلا أن المصنف ، والشارح قالا : هو قول قديم رجع عنه . فإن محمداً مات قبل أبى عبد الله بنحو من عشرين سنة .

قلت : موته قبل أبى عبد الله بعشرين سنة لا يدل على أنه رجع عنه ، بل لابد من دليل على رجوعه ، وإلا فالأصل عدمه .

ثم وجدت الحارثى قال نحوه . فقال : وليس يلزم من تقدم الوفاة الرجوع . إذ من الجائز تقدم سماع من تأخرت وفاته . وكان يجب على ماقال إلغاء ما خالف أبو بكر فيه لرواية من تأخر موته . والأمر بخلافه . انتهى .

وعنه : يخير المالك بين العين والقيمة .

قال فى الفائق : وهو المختار .

تنبيه : أدخل المصنف فيما يغير المغصوب عن صفته : قصر الثوب ، وذبح الشاة وشيها .

قال فى الفروع : فذكر جماعة : أنه كالنوع الأول .

قلت : منهم صاحب المستوعب ، والتلخيص ، والشرح ، والنظم ، والفائق ، والوجيز ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

قال الحارثى : وقد أدرج هو وغيره فى هذا الأصل قصارة الثوب . وليس بالمختار . لانتفاء سلب الاسم والمعنى .

تنبيه ثان : أفاد المصنف أن ذبح الغاصب للحيوان المغصوب لا يحرم أكله . وهو كذلك على الصحيح . ويأتى ذلك عند تصرفات الغاصب الحكمية ، وفى باب القطع فى السرقة .

فائدة : ماصوره المصنف وغيره فى هذه المسألة : ينقسم إلى ممكن الرد إلى

الحالة الأولى ـ كالحلي ، والأوانى ، والدراهم ـ فيجبر المالك على الإعادة . قاله فى التلخيص . واقتصر عليه الحارثى .

و إلى غير ممكن ـ كالأبواب ، والفخار ، ونحوهما ـ فليس للغاصب إفساده . ولا للمالك إجباره عليه ، فيما عدا الأبواب ونحوها .

وقال ابن عقيل ، فى الأوانى المتخذة من التراب : المالك ردها ومطالبته بمثل التراب .

قوله ﴿ وَإِنْ غَصَبَ أَرْضًا ، فَحَفَرَ فِيهَا بِئْرًا وَوَضَعَ تُرَابَهَا فِي أَرْضِ مَالِكِهَا : لَمْ يَمْلِكْ طَمَّها إِذَا أبرأهُ المَالِكُ مِنْ ضَمَانِ مَا يَتْلَفُ بِهَا فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ﴾ .

إذا حفر بئراً ، أو شق نهراً ونحوه فى أرض غصبها . فطالبه المالك بطمها : لزمه ذلك إن كان لغرض . قاله الحارثى .

و إن أراد الغاصب طمها ابتداء ، فلا يخلو : إما أن يكون لغرض صحيح ، أو لا . فإن كان لغرض صحيح ـ كإسقاط ضمان مايقع فيها . أو يكون قد نقل ترابها إلى ملكه ، أو ملك غيره ، أو إلى طريق يحتاج إلى تفريغه ـ فله طمها من غير إذن ربها . على الصحيح من المذهب . وهو ظاهر كلام المصنف هنا . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والمحرر .

واختاره القاضى . وقدمه فى الفروع ، والحارثى ، والخلاصة .

وقيل : لايملك طمها إلا بإذنه . وهو ظاهر ماقدمه فى المستوعب ، والتلخيص . على مايأتى من كلامهما .

و إن لم يكن له غرض صحيح فى ذلك ـ وهى مسألة المصنف . مثل : أن يكون قد وضع التراب فى أرض مالكها ، أو فى موات ، أو أبرأه من ضمان مايتلف بها ـ قال المصنف ، والشارح : أو منعه منه . فهل يملك طمها ؟ فيه وجهان .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والمحرر ، والفروع ، والحارثى .

أحدهما : لا يملك طمها . وهو الصحيح . نصره المصنف ، والشارح . وصححه فى التصحيح . واختاره أبو الخطاب .

والوجه الثانى : يملكه . اختاره القاضى .

قال فى المستوعب ، والتلخيص : وإن غصب داراً فحفر فيها بئراً ، ثم استردها مالكها ، فأراد الغاصب طم البئر : لم يكن له ذلك .

وقال القاضى : له ذلك من غير رضى المالك .

وقال أبو الخطاب فى الهداية : ليس له ذلك إذا أبرأه المالك من ضمان مايتلف فيها . انتهيا . وأطلقهن فى المذهب .

قال فى التلخيص : وأصل اختلاف القاضى ، وأبى الخطاب : هل الرضى الطارىء كالمقارن للحفر ، أم لا ؟ والصحيح : أنه كالمقارن . انتهى .

وقال فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق : وإن حفر فيها بئراً أو نحوها . فله طمها مطلقاً .

وإن سخط ربها ، فأوجه : النفى ، والإثبات .

والثالث : إن أبرأه من ضمان ما يتلف بها ، وصح فى وجه : فلا .

زاد فى الرعاية الكبرى وجهاً رابعاً : وهو إن كان غرضه فيه صحيحاً ــ كدفع ضرر ، وخطر ونحوهما ــ وإلا فلا .

وخامساً : وهو إن ترك ترابها فى أرض غير ربها : فلا .

وقيل : بلى ، مع غرض صحيح . انتهى . وتقدم ذلك والصحيح منه .

تنبيهان

أحدهما : فى القول المحكى عن القاضى .

قال الحارثى : إذا كان مأخوذاً من غير كتاب المجرد : فنعم . وإن كان من المجرد : فكلامه فيه موافق لأبى الخطاب . فإنه قال ــ وذكر كلامه .

قلت : الناقل عن القاضى تلميذه أبو الخطاب فى الهداية . وهو أعلم بكلامه من غيره . وللقاضى فى مسائل كثيرة القولان والثلاثة . وكتبه كثيرة .

الثانى : ظاهر كلام أبى الخطاب وجماعة : أنه إذا أبرأه المالك من ضمان مايتلف بها : أنه يصح ، ويبرأ . وهو أحد الوجهين .

اختاره المصنف ، والشارح ، وابن عقيل ، والقاضى فى المجرد . قاله الحارثى لما ذكر كلامه المتقدم .

والوجه الثاني : أنه لا يبرأ . وتقدم قريباً كلامه فى الرعايتين فى ذلك . وأطلقهما فى المحرر .

قال الحارثى : وحاصل المسألة الأولى : الخلاف فى صحة الإبراء . وفيه وجهان .

قوله ﴿ وَإِنْ غَصَبَ حَبًّا فَزَرَعَهُ ، أَوْ بَيْضًا فَصَارَ فِرَاخًا ، أَوْ نَوًى فَصَارَ غِرَاسًا ﴾ .

قال فى الانتصار : أو غصناً فصار شجرة : رده . ولا شىء له . وهذا المذهب . وعليه الأصحاب . وقطع به كثير منهم . ويتخرج فيها مثل الذى قبلها .

قال المصنف ، والشارح : ويتخرج أن يملكه الغاصب .

فعلى هذا : يتخرج لنا : أن يكون شريكاً بالزيادة ، كالمسألة التى قبلها . انتهى وذلك : لأنها نوع مما تقدم من تغيير العين وتبدل اسمها .

فائدة : ذكر فى الكافى من صور الاستحالة : الزرع يصير حباً .

قال الحارثى : وفيه نظر ، فإن الزرع إن كان قد سُنْبِل حالة الغصب : فهو من قبيل الرطب والعنب يصيران تمراً وزبيباً وليسا من المستحيل بالاتفاق . وإن لم يكن سنبل : فهو فى معنى إثمار الشجر . فيكون من قبيل المتولد ، لا المستحيل لوجود الذات عيناً . انتهى .

قوله ﴿ وَإِنْ نَقَصَ : لَزِمَهُ ضَمَانُ نَقْصِهِ بِقِيمَتِهِ ، رَقِيقًا كَانَ أَوْ غَيْرِهِ ﴾

قال الأصحاب : ولو بنبات لحية أمرد ، وقطع ذنب حمار . وهذا المذهب فى ذلك كله . وجزم به فى الوجيز وغيره . واختاره المصنف ، والشارح ، والمجد ، وغيرهم . وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، والشرح ، والحارثى

وقال : عليه جمهور أهل المذهب .

﴿وَعَنْهُ : أَنَّ الرَّقِيقَ يُضْمَنُ بِمَا يُضْمَنُ بِهِ فِى الإِتْلاَفِ﴾ .

فيجب فى يده : نصف قيمته ، وفى موضحته : نصف عشر قيمته . وعلى هذا فقس .

فإن كان النقص ممـا لا مقدر فيه ، كنقصه للـكبر أو المرض ، أو شجه دون الموضحة : فعليه ما نقص مع الرد فقط .

قال الحارثى : هذه الرواية أقوى .

﴿وَيَتَخَرَّجُ أَنَّهُ يَضْمَنُهُ بِأَكْثَرِ الأَمْرَيْنِ مِنْهُمَا﴾ وانفرد المصنف بهذا التخريج هنا . قاله الزركشى .

وعنه فى عين الدابة ـ من الخيل ، والبغال ، والحمير ـ ربع قيمتها . نصرها القاضى ، وأصحابه .

قال الزركشى : وهو المشهور عن الإمام أحمد رحمه الله .

فقال القاضى ـ فى روايتيه ـ وأبو الخطاب ، والمصنف ، والمجد ، والشارح ، وغيرهم : الخلاف فى عين الدابة من الخيل ، والبغال ، والحمير . وقدمه فى الفروع وغيره .

قال الزركشى : ونصوص الإمام أحمد رحمه الله على ذلك .

وقال فى الفروع : وخص فى الروضة هذه الرواية بعين الفرس . وجعل فى عين غيرها ما نقص . والإمام أحمد إنما قال فى عين الدابة . انتهى .

قال الحارثي : من الأصحاب من قصر الخلاف على عين الفرس ، دون

البغل والحمار . وهذه طريقة القاضي فى التعليق الكبير ، وأبى الخطاب فى رءوس المسائل ، والقاضي يعقوب ، وأبى المواهب الحسين بن محمد العكبرى فى آخرين . واختار أكثر هؤلاء القول بالمقدر .

قال : ونص الإمام أحمد يقتضى العموم . فإن لفظ « الدابة » يشمل البغل ، والفرس ، والحمار . وكذلك صيغة الدليل المتمسك به . فالتخصيص خلاف الأصل ، مع أنا نجد فى الفرس خصائص تناسب اختصاص الحكم به ، لكن ما أخذنا فيه غير القياس . ولا يمكن إعمال ما ذكرنا من المناسبة . انتهى .

قلت : وممن خص الرواية بعين الفرس من المتأخرين : الشريف أبو جعفر وصاحب المستوعب ، والكافى ، والتلخيص وغيرهم .

فعلى هذه الرواية ، فى العينين : مانقص ، كسائر الأعضاء .

قال الحارثي : كذلك قال الأصحاب . لا أعلمهم اختلفوا فيه .

قال : وعن أبى حنيفة : نصف القيمة ، اعتباراً بالربع فى إحداهما .

قال : وهو أظهر . انتهى .

ويأتي : إذا شق ثوباً ، أو أتلف عصا ، أو قصعة ، أو كسر خلخالاً ونحوه فى ضمان غير المثلى فى الفصل السادس ، والخلاف فيه .

ويأتى وقت لزوم قيمته فى أول الفصل السادس فى كلام المصنف .

تنبيه : دخل فى قول المصنف « وإن تلف لزمه ضمان نقصه بقيمته » لو جنى على حيوان حامل فألقت جنينها ميتاً . وهو كذلك . فيجب عليه ضمان ما نقص من أمه بالجناية . نص عليه فى رواية ابن منصور . وعليه جماهير الأصحاب . قاله فى القاعدة الرابعة والثمانين .

وقال أبو بكر : يجب ضمان جنين البهائم بعشر قيمة أمه ، كجنين الأمة .

قال فى القواعد : وقياسه جنين الصيد فى الحرم والإحرام . والمشهور : أنه يضمنه بما نقص أمه أيضاً . ويأتى فى مقادير الديات .

قال : ولو ألقت البهيمة بالجناية جنيناً حياً ثم مات : ففيه احتمالان . ذكرهما القاضى ، وابن عقيل فى الرهن .

أحدهما : يضمن قيمة الولد حيًّا لاغير .

والثانى : عليه أكثر الأمرين ، أو ما نقصت الأم . انتهى .

قلت : الثانى هو الصواب .

قوله ﴿ وَإِنْ غَصَبَهُ وَجَنَى عَلَيْهِ : ضَمِنَهُ بِأَكْثَرِ الأَمْرَيْنِ ﴾ .

وهذا مفرع على القول بالمقدر من القيمة . قاله الحارثى .

قال الشارح : إذا جنى الغاصب على العبد المغصوب جناية مقدرة : الدية .

فعلى قولنا ضمان الغصب ضمان الجناية : يكون الواجب أرش الجناية . كما لو جنى عليه من غير غصب .

وإن قلنا : ضمان الغصب غير ضمان الجناية ـ وهو الصحيح ـ فعليه أكثر الأمرين : من أرش النقص ، أو دية ذلك العضو .

وجزم بأنه يضمنه بأكثر الأمرين فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والوجيز .

قال فى الفروع : يضمنه بأكثرهما على الأصح .

وعنه : أنه يضمن بما نقص .

ذكرها المصنف فى هذا الكتاب فى الفصل الثالث من باب مقادير الديات . اختارها الخلال ، وابن عقيل أيضاً . ذكره الحارثى .

لكن هذه الرواية أعم من أن يكون الجانى الغاصب أو غيره .

قال الحارثى : وجوب أكثر الأمرين : مفرع على القول بالمقدر . لاجتماع السببين باليد والجناية .

مثاله : لو كانت القيمة ألفاً ، فنقصت بالقطع أربعمائة : فالواجب خمسمائة . ولو نقص ستمائة : كان هو الواجب .

وعلى القول بما نقص : فكذلك فى الستمائة . لأنه على وفق الموجب . وفيما قبله أربعمائة . لأنه ما نقص .

فائدة : لو غصب عبداً قيمته ألف . فزادت القيمة إلى ألفين ، ثم قطع يده فنقص ألفا : فيجب ألف على كلا الروايتين . وهذا بلا نزاع .

وإن نقص ألفاً وخمسمائة : فالواجب ألف وخمسمائة ، على الروايتين أيضاً .

أما بتقدير القول بما نقص : فظاهر . وبتقدير القول بالمقدر : يكون الواجب أكثر الأمرين . فإذا استويا كان أولى .

وقال المصنف ، والشارح : وإن قلنا : الواجب ضمان الجناية — يعنى : المقدر — فعليه ألف فقط .

قال الحارثى : وهذا مشكل جداً . لإفضائه إلى إلغاء أثر اليد مع وجودها . انتهى

وإن نقص خمسمائة ، فقال الحارثى : فعلى رواية المقدر : عليه ألف . وعلى رواية ما نقص : عليه خمسمائة فقط . وهو ظاهر . وكذا قال غيره .

تنبيهان

الأول : تكلم المصنف هنا على العبد إذا جنى عليه الغاصب ، أو جُنى عليه فى حال غصبه . وبقى قسم ثالث ، وهو ما إذا جنى عليه من غير غصب . وقد ذكره المصنف فى باب مقادير الديات فى الفصل الثالث .

الثاني : قوله ﴿ وَإِنْ جَنَى عَلَيْهِ غَيْرُ الغَاصِبِ ، فَلَهُ تَضْمِينُ الغَاصِبِ أَكْثَرَ الأَمْرَيْنِ . وَيَرْجِعُ الغَاصِبُ عَلَى الْجَانِى بِأَرْشِ الجِنَايَةِ . وَلَهُ تَضْمِينُ الْجَانِى أَرْشَ الجِنَايَةِ ، وَتَضْمِينُ الغَاصِبِ مَا بَقِيَ مِنَ النَّقْصِ ﴾ .

هذا مفرع على القول بالمقدر .

أما على القول بما نقص : فللمالك تضمينه من شاء منهما . وقرار الضمان على الجاني لمباشرته . قاله الحارثى . وهو واضح .

قوله ﴿ وَإِنْ غَصَبَ عَبْدًا فَخَصَاهُ : لَزِمَهُ رَدُّهُ وَرَدّ قِيمَتِهِ ﴾ .

وكذا لو قطع يديه ، أو رجليه ، أو لسانه ، أو ما تجب فيه الدية كاملة من الحر . فإنه يلزمه رده ورد قيمته . ونص عليه الإمام أحمد . وعليه الأصحاب .

قال الحارثي : فيه مافى الذى قبله من الخلاف . غير أنه لا يتأتى القول بأكثر الأمرين ، لاستغراق القيمة فى المقدر ، وإن لم تنقص القيمة بالخصاء .

فعلى القول بالمقدر : يرده ومعه قيمته . وعلى القول بما نقص : لا يلزمه شىء . انتهى .

قوله ﴿ وَإِنْ نَقَصَتِ الْعَيْنُ ﴾ أى : قيمة العين ﴿ لِتَغَيُّرِ الأَسْعَارِ : لَمْ يَضْمَنْ . نصَّ عَلَيْهِ ﴾ .

وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . ونص عليه .

قال الحارثى : هذا المذهب . وعليه التفريع .

قال الزركشى : اختاره الأصحاب ، حتى إن القاضى قال : لم أجد عن الإمام أحمد رحمه الله رواية بالضمان . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع وغيره

وعنه : يضمن . اختاره ابن أبى موسى ، والشيخ تقى الدين رحمه الله . قاله فى الفائق ، ورده الحارثى .

وقيل : يضمن نقصه مع تغير الأسعار إذا تلف . وإلا فلا .

وقال الحارثى ـ بعد أن حكى الروايتين ـ : وهذا كله مالم يتصل التلف بالزيادة .

فإن اتصل ، بأن غصب ماقيمته مائة ، فارتفع السعر إلى مائتين ، وتلفت العين : ضمن المائتين . وجهاً واحداً . إذ الضمان معتبر بيوم التلف .

وإن كان مثلياً : فالواجب المثل بلا خلاف .

وقال فى التلخيص : لو غصب شيئاً يساوى خمسة ، فعادت قيمته إلى درهم ، ثم تلف : لزمه خمسة . وهذا على اعتبار الضمان بحالة الغصب .

قال الحارثى : وهو قول ضعيف . وليس بالمذهب . وإنما استرسل إليه من كلام بعض المخالفين .

ولو تلف نصف العين بعد العود إلى درهم . فرجع الباقى إلى نصف درهم : رد الباقى ومعه قيمة التالف نصف درهم .

وفى التلخيص : يرد درهمين ونصفا . وليس بالمذهب ، كما قلنا .

قال الحارثى : وإنما أوردته تنبيهاً .

قوله ﴿ وَإِنْ نَقَصَتْ القِيمَةُ لِمَرَضٍ ، ثُمَّ عَادَتْ بِبُرْئِهِ : لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ ﴾ .

وهو المذهب . جزم به فى المغنى ، والشرح ، والفائق ، والوجيز ، والحارثى ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، وغيرهم من الأصحاب . وقدمه فى الفروع . وقال : ونصه يضمن .

وحكى الحارثى وجهاً للشافعية بالضمان . قال : وهو عندى قوى بل أقوى . ورد أدلة الأصحاب .

والظاهر : أنه لم يطلع على ماذكره صاحب الفروع من النص .

فهذا يقوى قوله . وربما كان المذهب .

وقدمه فى الرعاية الكبرى . وقال : نص عليه .

فائدة : لو استرده المالك معيباً مع الأرش . ثم زال العيب فى يد مالكه . فقال المصنف ، والشارح ، وغيرهما : لايجب رد الأرش . لاستقراره بأخذ العين ناقصة . وكذا لو أخذ المغصوب بغير أرش ، ثم زال فى يده : لم يسقط الأرش كذلك

قال الحارثى : وما يذكر من الاستقرار فغير مسلم .

قال : والصواب ــ إن شاء الله ــ الوجوب بقدر النقص الحادث فى المدة . ويجب رد مازاد إن كان .

قوله ﴿وَإِنْ زَادَ مِنْ جِهَةٍ أُخْرَى ـ مِثْلَ إِنْ تَعلَّمَ صَنْعَةً ـ فَعَادَتِ القِيمَةُ : ضَمِنَ النَّقْصَ﴾ .

وهو المذهب . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والحارثى ، والفائق ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وقيل : لايضمنه .

قوله ﴿وَإِنْ زَادتِ القِيمَةُ ـ لِسِمَنٍ ، أَوْ نَحْوِهِ ـ ثمَّ نقَصَتْ : ضَمِنَ الزِّيَادَةَ﴾ .

وهو الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع ، والرعايتين : ضمن على الأصح . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى المغنى ، والشرح . ونصراه ، والتلخيص ، والحارثى ، والحاوى الصغير ، وغيرهم . وقاله الخرقى ، وغيره .

وعنه : إذا رده بعينه : لم يلزمه شىء . ذكرها ابن أبى موسى . وهما وجهان مطلقان فى الفائق .

قوله ﴿وَإِنْ عَادَ مِثْلَ الزِّيَادَةِ الأُولَى مِنْ جِنْسِهَا﴾ .

مثل : إن كانت قيمتها مائة . فزادت إلى ألف لسمن ونحوه . ثم هزلت فعادت إلى مائة ، ثم سمنت فزادت إلى ألف ﴿لم يَضْمَنْهَا فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ﴾

وهما احتمالان للقاضى فى المجرد . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والتلخيص ، والفروع ، والحاوى الصغير .

أحدهما : لايضمنها . وهو المذهب .

قال الحارثى : هذا المذهب . لنصه فى الخلخال يكسر ؟ قال : يصلحه أحب إلىّ . وهو أحد صور المسألة . وصححه فى التصحيح .

قال المصنف ، والشارح : هذا أقيس . وجزم به فى الوجيز .

والوجه الثاني : يضمنها . قال في الرعايتين ، والفائق : ضمنها في أصح الوجهين . وقدمه ابن رزين في شرحه .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَتْ مِنْ غَيْرِ جِنْسِ الأُولَى : لَمْ يَسْقُطْ ضَمانُهَا ﴾ .

وهو الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به في التلخيص ، والوجيز ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، وغيرهم . وقدمه في الفروع ، والحارثي . وقال : هذا المذهب .

وقيل : يسقط الضمان . ذكره ابن عقيل . وأطلقهما في الشرح .

فائدة : من صور المسألة : لو كان الذاهب علماً أو صناعة ، فتعلم علماً آخر أو صناعة أخرى . قاله الحارثي .

وقال المصنف ، والشارح : هو كعود السمن . يجري فيها الوجهان .

قال الحارثي : والصحيح الأول .

قوله ﴿ وَإِنْ نَقَصَ المَغْصُوبُ نَقْصًا غَيْرَ مُسْتَقِرٍّ ـ كَحِنْطَةٍ ابْتَلَّتْ وَعفِنَتْ ـ خُيِّرَ بَيْنَ أَخْذِ مِثْلِهَا وَبَيْنَ تَرْكِهَا حَتَّي يَسْتَقِرَّ فَسَادُهَا ، وَيأْخُذَهَا وَأَرْشَ نَقْصِهَا ﴾ .

هذا أحد الوجوه . جزم به في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والوجيز ، والفائق ، وشرح ابن منجا ، والرعاية الصغرى ، والحاوي الصغير ، وغيرهم . وقدمه في الرعاية الكبرى ، والنظم .

قال المصنف : قول أبي الخطاب في الهداية لا بأس به .

وقيل : له أرش مانقص به من غير تخيير . اختاره المصنف في المغني . وقدمه في الشرح .

وقيل : يضمنه ببدله ، كما في الهالك .

قال الحارثي : وهو قول القاضي ، وأصحابه ـ الشريف أبي جعفر ، وابن

عقيل ، والقاضي يعقوب بن إبراهيم ـ والشيرازى ، وأبى الخطاب فى رءوس المسائل ، والشريف الزيدى . واختاره ابن بكروس .

وخيره فى الترغيب بين أخذه مع أرشه ، و بين أخذ بدله . وأطلقهن فى الفروع

تنبيه : محل الخلاف إذا لم يستقر العفن . أما إن استقر : فالأرش بغير خلاف فى المذهب . قاله الحارثى .

قوله ﴿ وَإِنْ جَنَى الْمَغْصُوبُ فَعَلَيْهِ أَرْشُ جِنَايَتِهِ ، سَوَاءٌ جَنَى عَلَى سَيِّدِهِ ، أَوْ غَيْرِهِ ﴾ .

إن جنى على غير سيده : فعلى الغاصب أرش الجناية بلا نزاع . وسواء فى ذلك مايوجب القصاص والمال . ولا يلزمه أكثر من النقص الذى لحق العبد

و إن جنى على سيده ، فعلى الغاصب أيضاً : أرش الجناية . على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والوجيز ، والهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وقيل : لا يضمن جنايته على سيده . لتعلقها برقبته .

قال الحارثى : إذا جنى على سيده ، فقال المصنف ، وأبو الخطاب : يضمن الغاصب أيضاً واستدل له بالقياس على الأجنبى . قال : و إنما يتمشى هذا حالة الاقتصاص لوجود الفوات .

أما حالة عدم الاقتصاص : فلا . لأن الفوات منتف . فالضمان منتف .

و إنما قلنا « الفوات منتف » لأن الغاية إذا تعلق الأرش بالرقبة . وهو غير ممكن . لأن ملك المجنى عليه فيها حاصل . فلا يمكن تحصيله . فيكون حالة عدم القصاص هدر .

ثم قال بعد ذلك : وأما الجناية الموجبة للمال ـ كالخطأ ، و إتلاف المال ـ فمتعلقة بالرقبة . وعلى الغاصب تخليصها بالفداء و بما يفدى .

قال القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف ، وغيرهم : بأقل الأمرين من القيمة أو أرش الجناية .

ولم يوردوا هنا القول بالأرش بالغاً مابلغ . كما فى فداء السيد للعبد الجانى . لأن الذى ذكروه هو الأصح . لا لأن الخلاف غير مطرد . وفى كون الأول هو الأصح بحث . انتهى .

فائدتان

إحداهما : قوله ﴿ وَجِنَايَتُهُ عَلَى الْغَاصِبِ وَعَلَى مَالِهِ هَدَرٌ ﴾ .

بلا نزاع .

وقوله ﴿ وَيَضْمَنُ زَوَائِدَ الْغَصْبِ ـ كَالْوَلَدِ ، وَالثَّمرَةِ ـ إِذَا تَلِفَتْ ، أَوْ نَقَصَتْ كَالأَصْلِ ﴾ .

بلا نزاع فى الجملة .

فإذا غصب حاملاً أو حائلا ، فحملت عنده : فالولد مضمون عليه .

ثم إذا ولدت ، فلا يخلو : إما أن تلده حياً ، أو ميتاً .

فإن ولدته ميتاً ، وكان قد غصبها حاملاً : فلا شىء عليه . لأنه لا يعلم حياته .

وإن كان غصبها حائلا ، فحملت وولدته ميتاً : فكذلك عند القاضى .

وعند أبيه أبى الحسين : يضمنه بقيمته لو كان حياً .

وقال المصنف ، ومن تبعه ، والأولى : أنه يضمنه بعشر قيمة أمه .

وإن ولدته حياً ومات : فعليه قيمته يوم تلفه .

الثانية : قال فى الفروع ـ فى هذا الباب ، فى أول الفصل الأخير منه ـ : وإطلاق الأصحاب بأنه لا يضمن ما أتلفته بهيمة لا يدَ عليها ظاهرة ، ولو كانت مغصوبة . لظاهر الخبر .

وعلل الأصحاب المسألة بأنه لا تفريط من المالك . ولا ذمة لها فيتعلق بها . ولا قصد فيتعلق برقبتها .

ويبين ذلك : أنهم ذكروا جناية العبد المغصوب ، وأن الغاصب يضمنها .

وقالوا : لأن جنايته تتعلق برقبته فضمنها . لأنه نقص حصل فى يد المغصوب . فهذا التخصيص وتعليله يقتضى خلافه فى البهيمة .

قال : وهذا فيه نظر . ولهذا قال ابن عقيل فى جنايات البهائم : لو نقب لص ، وترك النقب ، فخرجت منه بهيمة : ضمنها . وضمن ماتجنى بإفلاتها وتخليتها .

وقد يحتمل ، إن حازها وتركها بمكان : ضمن . لتعديه بتركها فيه . بخلاف ما لو تركها بمكانها وقت الغصب . وفيه نظر .

ولهذا قال الأصحاب ، فى نقل التراب من الأرض المغصوبة : إن أراده الغاصب ، وأبى المالك : فللغاصب ذلك مع غرض صحيح . مثل : إن كان نقله إلى ملك نفسه ، فينقله لينتفع بالمكان ، أو كان طرحه فى طريق . فيضمن مايتجدد به من جناية على آدمى ، أو بهيمة .

ولا يملك ذلك بلا غرض صحيح . مثل : إن كان نقله إلى ملك المالك ، أو طرف الأرض التى حفرها .

ويفارق طم البئر . لأنه لاينفك عن غرض . لأنه يسقط ضمان جناية الحفر .

زاد ابن عقيل : ولعله معنى كلام بعضهم : أو جناية الغير بالتراب . انتهى كلام صاحب الفروع .

ومحل هذه الفائدة : عند ضمان ماأتلفت البهيمة . لكن لها هنا نوع تعلق .

قوله ﴿ وَإِنْ خَلَطَ الْمَغْصُوبَ بِمَالِهِ عَلَى وَجْهٍ لاَ يَتَمَيَّزُ ، مِثْلَ : أَنْ خَلَطَ حِنْطَةً ، أَوْ زَيْتاً بِمِثْلِهِ ﴾ .

قال فى الرعاية : ولم يشتركا فيهما . انتهى ﴿ لزمه مثله مِنْهُ فِى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ﴾ وهو المذهب . وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله .

قال فى القاعدة الثانية والعشرين : المنصوص فى رواية عبد الله ، وأبى الحارث : أنه اشتراك فيما إذا خلط زيته بزيت غيره .

واختاره ابن حامد ، والقاضى فى خلافه ، وابن عبدوس فى تذكرته ، والمصنف ، والشارح ، وصاحب التلخيص . وجزم به فى المحرر ، والعمدة .

قال فى الوجيز : فهما شريكان .

وقدمه فى الخلاصة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وشرح ابن رزين ، والفروع ، وغيرهم .

قال الحارثى : هذا أمس بالمذهب . وأقرب إلى الصواب .

وفى الآخر : يلزمه مثله من حيث شاء . اختاره القاضى فى المجرد .

وقال : هذا قياس المذهب . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والمغنى ، والشرح ، والفائق ، والحارثى ، والزركشى ، وغيرهم .

قال فى الفروع : وقال فى الوسيلة ، والموجز : يقسم بينهما بقدر قيمتهما . انتهى

وقال الحارثى : وفيه وجه ثالث . وهو الشركة ، كما فى الأول ، لكن يباع ويقسم الثمن على الحصة . كذا أطلق القاضى يعقوب بن إبراهيم فى تعليقه ، وأبو الخطاب ، وأبو الحسن بن بكروس ، وغيرهما فى رءوس مسائلهم . حتى قالوا به فى الدنانير والدراهم .

وقاله ابن عقيل فى تذكرته .

وأظنه قول القاضى فى التعليق الكبير . انتهى .

ثم قال : وأما إجراء هذا الوجه فى الدنانير ، والدراهم : فواهٍ جداً . لأنها قيم الأشياء ، وقسمتها ممكنة . فأى فائدة فى البيع ؟ ورد هذا الوجه الأخير .

فائدة : هل يجوز للغاصب أن يتصرف فى قدر ماله فيه ، أم لا ؟ .

قال الإمام أحمد ـ رحمه الله ـ فى رواية أبى طالب : قد اختلط أوله وآخره . أعجب إلىّ أن يتنزه عنه كله ، ويتصدق به .

وأنكر قول من قال : يخرج منه بقدر ماخالطه .

واختار ابن عقيل فى فنونه : التحريم . لامتزاج الحلال بالحرام فيه ، واستحالة انفراد أحدهما عن الآخر .

وعلى هذا : ليس له إخراج قدر الحرام منه بدون إذن المغصوب منه . وهذا بناء على أنه اشتراك .

وعن الإمام أحمد رحمه الله رواية أخرى : أنه استهلاك . فيتخرج به قدر الحرام ، ولو من غيره . قاله ابن رجب فى القاعدة الثانية والعشرين .

قوله ﴿ وَإِنْ خَلَطَهُ بِدُونِهِ ، أَوْ بِخَيْرٍ مِنْهُ ، أَوْ بِغَيْرِ جِنْسِهِ ﴾ يعنى : على وجه لا يتميز ﴿ لَزِمَهُ مِثْلُهُ فِى قِيَاسِ الَّتِى قَبْلَهَا ﴾ .

قال القاضى ، فى المجرد : قياس المذهب يلزم الغاصب مثله .

واختاره فى الكافى . وإليه ميل الشارح .

وظاهر كلامه : أنهما شريكان بقدر ملكيهما . وهو المذهب .

قال فى الفروع : فشريكان بقدر حقهما ، كاختلاطهما من غير غصب . نص عليه فى رواية أبى الحارث .

قال الحارثى : وهذا اختيار من سميناه فى الوجه الثالث . انتهى .

قال فى المذهب : هذا ظاهر المذهب .

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والخلاصة . وجزم به فى الوجيز . وأطلقهما فى الهداية ، والمستوعب والتلخيص .

وقال القاضى أيضاً : ما تعذر تمييزه — كتالف — يلزمه عوضه من حيث شاء . فشمل كلامه هذه المسألة والتى قبلها .

فائدتان

إحداهما : لو خلط الزيت بالشيرج ، ودهن اللوز بدهن الجوز ، ودقيق

الحنطة بدقيق الشعير ، فالمنصوص : الشركة . وعليه أكثر الأصحاب كالتي قبلها . وقد شمله كلام المصنف .

وقياس المذهب : وجوب المثل عند القاضي .

قال الحارثي : وهو أظهر .

الثانية : لو خلط درهما بدرهمين لآخر ، فتلف اثنان ، فما بقي بينهما أثلاثا ، أو نصفين . يتوجه فيه وجهان . قاله في الفروع .

قلت : الذي يظهر : أن لصاحب الدرهمين نصف الباقي لا غير .

وذلك لأنه يحتمل أن يكون التالف مالهُ كاملاً . فيختص صاحب الدرهم به . ويحتمل أن يكون التالف درهما لهذا ودرهما لهذا . فيختص صاحب الدرهمين بالباقي . فتساويا . لايحتمل غير ذلك ، ومال كل واحد منهما متميز قطعاً ، بخلاف المسائل المتقدمة .

غايته : أنه أبهم علينا .

فائدة : قوله ﴿ وَإِنْ غَصَبَ ثَوْبًا فَصَبَغَهُ ، أَوْ سَوِيقًا فَلَتَّهُ بِزَيْتٍ فَنَقَصَتْ قِيمَتُهمَا ، أَوْ قِيمَةُ أَحَدِهِما : ضَمِنَ النَّقْصَ . وَإِنْ لَمْ تَنقُصْ وَلَمْ تَزِدْ ، أو زَادَتْ قِيمَتُهما : فَهُمَا شَرِيكَانِ بِقَدْرِ مَالِهِمَا . وَإِنْ زَادَتْ قِيمَةُ أَحَدِهِما : فَالزِّيَادَةُ لِصَاحِبِهِ ﴾ .

هذه الجملة لاخلاف فيها .

لكن قال الحارثي : الضمير في « نقصت قيمتهما » عائد على الثوب والصبغ ، والسويق والزيت . لأنها إحدى الحالات الواردة في قيمة المالين ، من الزيادة والنقص والتساوي .

وفي عوده على مجموع الأمرين ــ أعني الثوب والصبغ في صورة النقص ــ

مناقشة . فإن ضمان الغاصب لايتصور . لنقصان الصبغ . إذ هو ماله . فلا يجوز إيراده لإثبات حكم الضمان .

والأجود أن يقال : تنقص قيمة الثوب .

وكذا قوله « أَوْ قِيمَةُ أَحَدِهِمَا » ليس بالجيد . فإنه متناول لحالة النقصان فى الصبغ ، دون الثوب . وليس الأمر كذلك . فإن الضمان لايجب على هذا التقدير بحال . والصواب : حذفه .

غير أن الضمان إن فسر بالنسبة إلى الغاصب : يكون النقص محسوباً عليه .

وقيل : باستعمال اللفظ فى حقيقته ومجازه معاً ، وباستعمال المشترك فى مدلوليه معاً . فيتمشى . انتهى .

فإذا حصل النقصان ، لكونه مصبوغاً ، أو لسوء العمل ، فعلى الغاصب .

وعلى هذا يحمل إطلاق المصنف .

فإذا كان قيمة كل منهما خمسة ــ وهى الآن بعد الصبغ ثمانية ــ فالنقص على الغاصب . وإن كان لانخفاض سعر الثياب : فالنقص على المالك . فيكون له ثلاثة . وإن كان لانخفاض سعر الصبغ : فالنقص على الغاصب . فيكون له ثلاثة . وإن كان لانخفاضهما معاً على السواء : فالنقص عليهما . لكل منهما أربعة . هذا الصحيح . قدمه الحارثى .

وقيل : يحمل النقص على الصبغ فى كل حال . وهو قول صاحب التلخيص .

قوله ﴿ فَإِنْ أَرَادَ أَحَدُهُمَا قَلْعَ الصِّبْغِ : لَمْ يُجْبَرِ الآخَرُ ﴾ .

هذا المذهب . جزم به فى الوجيز . واختاره المصنف ، والشارح ، وابن عقيل ، وغيرهم . وقدمه فى المحرر ، والفروع .

قال القاضى : هذا قياس المذهب .

وفيه وجه آخر : يجبر ويضمن النقص ، سواء كان الغاصب أو المغصوب منه . وأطلقهما الحارثى فى شرحه .

ويحتمل أن يجبر إذا ضمن الغاصب النقص .

يعنى : إذا أراد الغاصب قلع صبغه ، وامتنع المغصوب منه : أجبر على تمكينه من قلعه ، ويضمن النقص . وهذا قدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق .

قال المصنف ، والشارح : إذا أراد الغاصب قلع الصبغ . فقال أصحابنا : له ذلك سواء أضر بالثوب أو لم يضر . ويضمن نقص الثوب إن نقص .

ولم يفرق الأصحاب بين ما يهلك صبغه بالقلع ، وبين ما لا يهلك .

قال المصنف : وينبغى أن ما يهلك بالقلع لا يملك قلعه .

وظاهر كلام الخرقى : أنه لا يملك قلعه إذا تضرر به الثوب . لأنه قال : المشترى إذا بنى أو غرس فى الأرض المشفوعة . فله أخذه إذا لم يكن فى أخذه ضرر

وقال المصنف ــ وتبعه الشارح ــ : إن اختار المغصوب منه قلع الصبغ . ففيه وجهان .

أحدهما : يملك إجبار الغاصب عليه .

والثانى : لا يملك إجباره عليه .

قال القاضى . هذا ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله . انتهى . وتقدم ذلك .

فعلى القول بالإجبار من الطرفين : لو نقص الثوب بالقلع : ضمنه الغاصب . بلا نزاع .

وإن نقص الصبغ . فقال فى الكافى : لا شىء على المالك .

قال الحارثى : وهو أصح .

وقال فى المحرر : يضمنه المالك كما فى الطرف الآخر .

قوله ﴿ وَإِنْ وَهَبَ الصِّبْغَ لِلْمَالِكِ ، أَوْ وَهَبَهُ تَزْوِيقَ الدَّارِ وَنَحْوِهَا فَهَلْ يَلْزَمُ الْمَالِكَ قَبُولُهَا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما في الكافي ، والمغني ، والشرح ، والفائق ، والحاوي الصغير .

أحدهما : يلزمه قبوله . وهو المذهب . وهو ظاهر كلام الخرقي في الصداق . وصححه القاضي ، وصاحب المستوعب ، والتلخيص ، والرعاية الصغرى . وقدمه في الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والرعاية الكبرى ، والفروع .

قلت : فيعايي بها .

والوجه الثاني : لا يلزمه قبوله . صححه في التصحيح ، والنظم .

قال الحارثي ـ في التزويق ونحوه ـ : هذا أقرب إن شاء الله تعالى .

فائدتان

إحداهما : لو طلب المالك تملك الصبغ بالقيمة . فقال القاضي ، وابن عقيل ـ وظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله ـ : لا يجبر الغاصب على القبول . واختاراه . قاله في القواعد . وذكر المصنف وجهاً بالإجبار .

قال الحارثي : وهو الصحيح .

الثانية : لو نسج الغزل المغصوب ، أو قصر الثوب ، أو عمل الحديد إبراً ، أو سيوفاً ونحو ذلك ، ووهبه لمالكه : لزمه قبوله .

ولو سمر بمساميره باباً مغصوباً ، ثم وهب المسامير لرب الباب : لم يلزمه قبولها . قطع به الأكثر . منهم صاحب المستوعب ، والتلخيص ، والرعاية .

قال في الفروع : في الأصح . وقيل : يلزمه .

قوله ﴿ وَإِنْ غَصَبَ صِبْغًا فَصَبَغَ بِهِ ثَوْبًا ، أَوْ زَيْتًا فَلَتَّ بِهِ سَوِيقًا : احْتُمِلَ أَنْ يَكُونَ كَذَلِكَ ﴾ .

يعني : يكونان شريكين بقدر ماليهما ، كما لو غصب ثوباً فصبغه بصبغ من عنده . وهذا المذهب .

قال الحارثي : ولم يذكر الأصحاب سواه في صورة الصبغ . وجزم به في

التلخيص ، والوجيز . وقدمه فى النظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

واحتمل أن يلزمه قيمته ، أو مثله إن كان مثلياً . لأن الصبغ والزيت صارا مستهلكين . أشبه ما لو أتلفهما .

قال الحارثى : وهذا مما انفرد به فى الكتاب . قال : ويتخرج مثله فى الصورة السابقة . بمعنى أنه يضيع الصبغ على الغاصب ، ويأخذه المالك مجاناً . وأطلق الاحتمالين فى الشرح ، وشرح ابن منجا .

قوله ﴿ وَإِنْ وَطِئَ الْجَارِيَةَ : فَعَلَيْهِ الْحَدّ وَالْمَهْرُ ، وَإِنْ كَانَتْ مُطَاوِعَةً . وَأَرْشُ الْبَكَارَةِ ﴾ .

هذا المذهب مطلقاً . وعليه أكثر الأصحاب . وصححه المصنف ، والشارح .

قال الزركشى : هذا المذهب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والنظم ، والفائق ، وشرح الحارثى ، وغيرهم .

وعنه : لا يلزمه مهر للثيب . اختاره أبو بكر فى التنبيه ، والخرقى ، وابن عقيل ، والشيخ تقى الدين رحمه الله . ولم يوجب عليه سوى أرش البكارة . نقله عنه فى الفائق .

قال الزركشى : عدم لزوم مهر الثيب بعيد .

وعنه : لا يلزمه أرش البكارة . لأنه يدخل فى مهرها ، وهو احتمال فى المغنى ، وغيره .

قال الحارثى : وهو واه .

وعنه : لا مهر مع المطاوعة . ذكره الآمدى . قال الزركشى : وهو جيد .

قوله ﴿ وَإِنْ وَلَدَتْ : فَالْوَلَدُ رَقِيقٌ لِلسَّيِّدِ ﴾ وهذا بلا نزاع .

لكن لو انفصل ميتاً ، فلا يخلو : إما أن يكون مات بجناية أو لا .

فإن كان مات بجناية ، فلا يخلو : إما أن تكون من الغاصب أو من غيره .

فإن كانت من الغاصب ، فقال المصنف فى المغنى ، والشارح ، وغيرهما : عليه عشر قيمة أمه .

وقال الحارثى : والأولى أكثر الأمرين ، من قيمة الولد أو عشر قيمة أمه

وإن كانت الجناية من غير الغاصب : فعليه عشر قيمة أمه . بلا نزاع . يرجع به على من شاء منهما . والقرار على الجانى .

وإن كان مات من غير جناية ، فالصحيح من المذهب : أنه لا يضمنه . قدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والفائق . واختاره القاضى ، وابن عقيل ، وصاحب التلخيص .

وقيل : يضمنه . اختاره القاضى أبو الحسين ، والمصنف .

قال الحارثى : وهو أصح .

فعلى القول بالضمان ، فقيل : يضمنه بعشر قيمة أمه . اختاره المصنف .

وقيل : بقيمته لو كان حياً . اختاره القاضى أبو الحسين . وأطلقهما فى الفروع ، وشرح الحارثى ، والقواعد الأصولية .

ويحتمل الضمان بأكثر الأمرين . قال الحارثى : وهذا أقيس .

فوائد

الأولى : قال الحارثى : والوجهان جاريان فى حمل البهيمة المغصوبة إذا انفصل كذلك .

الثانية : قوله **﴿ وَلَوْ وَلَدَتْهُ حَيًّا ثُمَّ مَاتَ ضَمِنَهُ بِقِيمَتِهِ ﴾** .

جزم به فى المغنى ، والشرح ، وغيرهما .

وظاهر كلام الناظم : أن فيه الخلاف المتقدم .

الثالثة : لو قتلها الغاصب بوطئه : وجبت عليه الدية . نقله مهنا . وجزم به فى الفروع .

الرابعة : هذا الحكم فيما تقدم إذا كان عالماً .

فأما إن كان جاهلاً بالتحريم : فالولد حر للغاصب . نص عليه .

فإن انفصل حياً : فعلى الغاصب فداؤه يومئذ .

و إن انفصل ميتاً من غير جناية : فغير مضمون بلا خلاف .

و إن كان بجناية : فعلى الجانى الضمان . فإن كان من الغاصب فغرة موروثة عنه : لا يرث الغاصب منها شيئاً . وعلى السيد عشر قيمة الأم .

و إن كان من غير الغاصب : فعليه الغُرَّة ، يرثها الغاصب دون أمه . وعلى الغاصب عشر قيمة الأم للمالك لو غصبها .

الخامسة : لو غصبها حاملا . فولدت عنده : ضمن نقص الولادة . كما قال المصنف .

فإن مات الولد . فقال الخرقى : يضمنه بأكثر ما كانت قيمته .

وفى المستوعب ، والتلخيص : هل يلزمه قيمته يوم مات . أو أكثر ما كانت ؟ على روايتين .

قال الحارثى : والمذهب الاعتبار بحالة الموت .

و إن انفصل ميتاً : فعلى ماتقدم من التفصيل .

و إن ماتت الأم بالولادة : وجب ضمانها .

وكذلك لو غصبه مريضاً ، فمات فى يده بذلك المرض . جزم به الحارثى .

قوله ﴿ وَإِنْ بَاعَهَا ، أَوْوَهَبَهَا لِعَالِمٍ بِالْغَصْبِ . فَوَطِئَهَا : فَلِلْمَالِكِ تَضْمِينُ أَيِّهِمَا شَاءَ : نَقْصُهَا وَمَهْرُهَا ، وَأُجْرَتُهَا وَقِيمَةُ وَلَدِهَا إِنْ تَلِفَ . فَإِنْ ضَمِنَ الْغَاصِبُ رَجَعَ عَلَى الآخِرِ . وَلاَ يَرْجِعُ الآخَرُ عَلَيْهِ ﴾ .

وهذا بلا نزاع أعلمه . جزم به فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والحارثى ، وغيرهم .

قوله ﴿ وَإِنْ لَمْ يَعْلَمَا بِالْغَصْبِ ، فَضَمِنَهَا : رَجَعَا عَلَى الْغَاصِبِ ﴾ .

اعلم أن بيع الغاصب العين المغصوبة غير صحيح مطلقاً . على المذهب . وفيه رواية : يصح ، ويقف على إجازة المالك .

وحكى فيه رواية ثالثة : يصح البيع . على مايأتى فى تصرفات الغاصب ، والتفريع على المذهب . وكذا الهبة غير صحيحة .

إذا علمت ذلك : فهما بمنزلة الغاصب فى جواز تضمينهما ما كان الغاصب يضمنه . على الصحيح من المذهب .

قال فى أول القاعدة الثالثة والتسعين : من قبض مغصوباً من غاصبه ، ولم يعلم أنه مغصوب ، فالمشهور عن الأصحاب : أنه بمنزلة الغاصب فى جواز تضمينه ما كان الغاصب يضمنه من عين ومنفعة . انتهى .

وقطع به فى المحرر ، وغيره من الأصحاب .

وقوله ﴿ فَضَمِنَهمَا : رَجَعَا عَلَى الْغَاصِبِ ﴾ .

يعنى : إذا ضمن المشترى أو المتهب نقصها ومهرها ، وأجرتها وقيمة ولدها ، وأرش البكارة ـ إن كانت بكراً ـ رجعا على الغاصب بذلك . وهو المذهب فى الجملة . نص عليه فى رواية جعفر فى الفداء .

وفى رواية إسحاق بن منصور : على المهر .

ويأتى التفصيل فى ذلك عند ذكر الرواية التى ذكرها المصنف والخلاف .

قوله ﴿ وَإِنْ وَلَدَتْ مِنْ أَحَدِهِمَا . فَالْوَلَدُ حُرٌّ ﴾ بلا نزاع ﴿ وَيَفْدِيهِ بِمِثْلِهِ فِى صِفَاتِهِ تَقْرِيبًا ﴾ .

يجب فداء الولد . على الصحيح من المذهب . نص عليه فى رواية ابن منصور ، وجعفر بن محمد ، والميمونى ، ويعقوب بن بختان . قاله الحارثى .

ونقل ابن منصور عن الإمام أحمد : لايلزم المشترى فداء أولاده . وليس للسيد بدلهم . لأنه انعقد حراً .

قال الخلال : أحسبه قولاً لأبى عبد الله أول . والذى أذهب إليه : أنه يفديهم

قال الحارثى : والمشهور الأول . ولم يعول الأصحاب على هذه الرواية .

قوله ﴿ بِمِثْلِهِ فِى صِفَاتِهِ تَقْرِيبًا ﴾ .

يعنى من غير نظر إلى القيمة والمثل فى الجنس والسن .

لكن قال الحارثى : أما السن ، فلا يخلو من نظر . وفداؤه بمثله فى صفاته تقريباً : هو إحدى الروايات عن الإمام أحمد .

قال ابن منجا : هذا المذهب . واختارها القاضى وأصحابه .

قال الحارثى : وهى اختيار الخرقى ، وأبى بكر فى التنبيه ، والقاضيين أبى يعلى ، ويعقوب بن إبراهيم فى تعليقيهما ، وأبى الخطاب فى رءوس مسائله ، والشريف أبى القاسم الزيدى وغيرهم .

قال القاضى أبو الحسين ، والشريف أبو جعفر ، وأبو الحسن بن بكروس : وهى أصح . انتهى .

قال الزركشى : هو مختار الخرقى ، والقاضى ، وعامة أصحابه . وجزم به فى الكافى . ويحتمل أن يعتبر مثله فى القيمة . وهو لأبى الخطاب . وهو وجه فى المستوعب والتلخيص ، ورواية فى المحرر .

قال الحارثى : ونسب إلى اختيار أبى بكر .

قلت : قاله المصنف ، والشارح عنه . وقدمه فى الفائق .

وتضمينه المثل من المفردات .

وعنه يضمنه بقيمته . وهو المذهب ، على ما اصطلحناه . اختاره المصنف ، والشارح ، وصاحب التلخيص ، وابن منجا فى شرحه ، وابن الزاغونى .

قال القاضى فى المجرد : وهو أشبه بقوله . لأنه نص على أن الحيوان لامثل له . وهو مذهب الأئمة الثلاثة . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

وعنه : يضمنه بأيهما شاء . اختاره أبو بكر فى المقنع .

قال فى القواعد الأصولية : وعنه يفدى كل وصيف بوصيفين . أورده السامرى وغيره عن ابن أبى موسى فى مغرور النـكاح .

تنبيه : حيث قلنا : يفديه إما بالمثل أو القيمة . فيكون ذلك يوم وضعه . على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . منهم القاضى ، والشريف أبو جعفر ، وأبو الخطاب ، والمصنف ، والمجد ، والشارح ، وغيرهم من الأصحاب . وقدمه فى الفروع ، والفائق ، والزركشى ، وغيرهم .

وعنه : يكون الفداء يوم الخصومة . وهو ظاهر إطلاق الإمام أحمد فى رواية ابن منصور . وجعفر . وهو وجه فى الفائق .

قال الحارثى : وعن ابن أبى موسى : حكاية وجه : الاعتبار بيوم الحـكومة .

قوله ﴿ وَيَرْجِـعُ بِذَلِكَ عَلَى الغَاصِبِ ﴾ .

يعنى : بما فدى به الأولاد . وهذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

وذكر ابن عقيل رواية : لا يرجع بفداء الولد .

قوله ﴿ وَإِنْ تَلِفَتْ : فَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا . وَلاَ يَرْجِـعُ بِهَا إِنْ كَانَ مُشْتَرِيًا وَيَرْجِـعُ بِهَا المتّهِبُ ﴾ .

إذا تلفت عند المشترى . فعليه قيمتها للمغصوب منه . ولا يرجع على الغاصب بالقيمة . على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . منهم القاضى ، والشريف . وأكثرهم قطع به .

وفى المغنى — فى باب الرهن — رواية باستقرار الضمان على الغاصب . فلا يرجع على المشترى .

وحكاه فى الـكافى فى باب المضاربة وجهاً .

وصرح القاضى بمثل ذلك فى خلافه . قاله ابن رجب .

وقال : هو عندى قياس المذهب . وقواه . واستدل له بمسائل ونظائر .

فعلى هذا : يرجع على الغاصب بذلك كله . و يرجع بالثمن بلا نزاع .

وعلى المذهب : يأخذ من الغاصب ثمنها . و يأخذ أيضاً نفقته وعمله من البائع الغار . قاله الشيخ تقى الدين رحمه الله .

وقال فى الفتاوى المصرية : لو باع عقاراً ثم خرج مستحقاً . فإن كان المشترى عالماً : ضمن المنفعة : سواء انتفع بهـا أو لم ينتفع . فإن لم يعلم : فقرار الضمان على البائع الظـالم . و إن انتزع المبيع من يد المشترى ، فأخذت منه الأجرة ــ وهو معروف ــ رجع بذلك على البائع الغار . انتهى .

وفى الترغيب ، والتلخيص : احتمال بأن المشترى يرجع بما زاد على الثمن . و به جزم ابن المنى فى خلافه .

وفى الترغيب أيضاً : لايطالب بالزيادة الحاصلة قبل قبضه .

قال فى القواعد الأصولية ، قلت : و إطلاق الأصحاب يقتضى لا رجوع بما زاد على الثمن . وفيه نظر . انتهى .

قال المصنف فى فتاويه : و إن أنفق على أيتام غاصب وَصِيُّهُ ، مع علمه بأنه غاصب : لم يرجع ، و إلا رجع . لأن الموصى غره . انتهى .

وأما إذا تلفت عند المتهب : فعليه قيمتها لربها . و يرجع بما غرمه على الغاصب على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به فى المغنى ، والشرح ، والمحرر ، والفائق ، وغيرهم .

قال فى الفروع : و يرجع متهب فى الأصح .

وقيل : لايرجع . كالمشترى .

قال الحارثى : وفى الكافى رواية بعدم الرجوع فيما إذا تلف . لأنه غرم ما أتلفه . انتهى .

قوله ﴿ وَعَنْهُ أَنَّ مَا حَصَلَتْ لَهُ بِهِ مَنْفَعَةٌ ـ كَالأُجْرَةِ وَالْمَهْرِ وَأَرْشِ الْبَكَارَةِ ـ لا يَرْجِعُ بِهِ ﴾ .

هذه الرواية عائدة إلى قوله « فإن لم يعلما بالغصب فضمنهما : رجعا على الغاصب » لـكن هذه الرواية : رجع عنها الإمام أحمد رحمه الله .

قال الحارثى : واعلم أن الرواية بعدم الرجوع : رجع عنها الإمام أحمد .

قال القاضى فى كتاب الروايتين : رجع عن قوله . بحديث علي .

و إذا كان كذلك فلا يكون عدم الرجوع مذهباً له فى شيء من هذه الأمور أصلاً وفرعاً . انتهى كلام الحارثى .

قلت : إذا رجع الإمام أحمد رحمه الله عن قول . فهل يترك ، ولا يذكر ، لرجوعه عنه ؟ أو يذكر و يثبت فى التصانيف ؟ تقدم حكم ذلك فى الخطبة ، و باب التيمم .

واعلم أن المالك إذا رجع على المشترى ، وأراد المشترى الرجوع على الغاصب : فلايخلو من أقسام .

أحدها : مالا يرجع به . وهو قيمتها إذا تلفت كلها ، أو جزؤها فى يده . على ماتقدم من الخلاف .

والثاني : فيه خـلاف . والترجيح مختلف ، وهو : أرش البكارة ، والمهر ، وأجرة نفعها .

فأما أرش البكارة : فقدم المصنف هنا : أنه يرجع به .

قال فى الفائق : اختاره الخرقى .

قال الحارثى : هذا المذهب . انتهى .

قال الزركشى : الرجوع اختيار الخرقى ، والقاضى ، وعامة أصحابه .

والصحيح من المذهب : أنه لايرجع يه . جزم به فى المحرر ، والمنور . وقدمه فى المغنى ، والـكافى ، والشرح ، والفروع . واختاره القاضى ، وابن عقيل ، وأبو بكر . قاله فى الفائق . وأطلقهما فى الهـداية ، والمستوعب ، والتلخيص ، والفائق ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

وأما المهر وأجرة النفع ، فالصحيح من المذهب : أنه يرجع بهما على الغاصب . جزم به فى الوجيز ، والمنور . وقدمه المصنف هنا ، وصاحب المحرر ، والفروع .

قال الحارثى : هذا المذهب . ورجوعه بالمهر على الغاصب من المفردات .

وعنه : لايرجع . اختاره أبو بكر ، وابن أبى موسى . قاله فى القواعد .

قال فى الفروع ـ فى حصول نفع ـ اختاره الخرقي ، وأبو بكر ، وابن عقيل .

قلت : المصرح به فى الخرقى : رجوع المشترى بالمهر .

قال الزركشى : يرجع بالمهر عند الخرقى ، والقاضى ، وعامة أصحابه . وأطلقهما فى المهر فى الهداية ، والمذهب ، والحاوى الصغير ، والرعاية ، وغيرهم . وأطلقهما فى المهر والأجرة فى المستوعب ، والخلاصة ، والشرح ، والفائق وغيرهم .

الثالث : مايرجع ـ به على الصحيح من المذهب ـ وهو قيمة الولد ، كما تقدم .

والرابع : مايرجع به قولا واحداً . وهو نقص ولادة ، ومنفعة فائتة . جزم به فى الفروع . وجزم به القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف فى الكافى ، والمغنى فى نقص الولادة .

قال الحارثى : وأدخله الباقون فيما يرجع به ، كما فى المتن .

فائدة : حكم المتهب حكم المشترى . وقد حكى المصنف هنا ، وصاحب المحرر ، وجماعة فيه الروايتين . وحكى الخلاف فى المغنى وجهين .

قال الحارثى : وهو الصواب . فإنه مقيس على نصه .

فائدة أخرى : حكم الثمرة والولد الحادث فى المبيع : حكم المنافع ، إذا ضمنها : رجع ببدلها على الغاصب . وكذلك الكسب . صرح به القاضى فى خلافه ، إلا أن يكون انتفع بشىء من ذلك . فيخرج على الروايتين .

قوله ﴿ وَإِنْ ضَمِنَ الغَاصِبُ : رَجَعَ عَلَى المشْتَرِى بِمَا لاَ يَرْجِعُ بِهِ علَيْهِ ﴾ .

اعلم أن للمالك تضمين من شاء منهما ـ أعنى الغاصب ومن انتقلت إليه منه ـ فإن ضمن غير الغاصب : فقد تقدم حكم رجوعه على الغاصب وعدمه . و إن رجع على الغاصب ـ وهو ماقاله المصنف هنا ـ فهو أربعة أضرب .

أحدها : قيمة العين . فهذا إذا رجع به المالك على الغاصب ، يرجع الغاصب به على المشترى .

الثاني : قيمة الولد . فإذا رجع بهـا على الغاصب : لم يرجع الغاصب على المشترى ، على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وتقدم رواية ذكرها ابن عقيل : أن المالك إذا ضمن المشترى لايرجع به على الغاصب . فتأتى الرواية هنا : أن الغاصب إذا ضمنه المالك يرجع به على المشترى .

الثالث : المهر وأرش البكارة والأجرة ونحوه . فعلى القول برجوع المشترى ، والمتهب على الغاصب إذا ضمنها المالك هنـاك : لايرجع الغاصب عليهما هنا إذا ضمنه المالك .

وعلى القول أنهما لايرجعان : يرجع الغاصب عليهما هنا .

الرابع : نقص الولادة والمنفعة الفائتة . فإن رجع المالك على الغاصب : لم يرجع به الغاصب على المشترى . قولا واحداً . على قول صاحب الفروع وغيره .

وهذا كله قد شمله قول المصنف « و إن ضمن الغاصب : رجع على المشترى بما لايرجع به عليه » .

فحيث ضمن المشترى ـ وقلنا : يرجع على الغاصب إذا ضمن الغاصب ـ لايرجع على المشترى . وعكسه بعكسه .

قوله ﴿ وَإِنْ وَلَدَتْ مِنْ زَوْجٍ . فمَاتَ الوَلَدُ : ضَمِنَهُ بِقِيمَتِهِ . وَهَلْ يَرْجِـعُ بِهِ عَلَى الغَاصِبِ ؟ عَلَى رِوَايَتَـيْنِ ﴾ .

مثال ذلك : أن يكون المشترى جاهلا بغصبها ، فيزوجها لغير عالم بالغصب . فتلد منه فهو مملوك . فيضمنه من هو فى يده بقيمته إذا تلف .

وهل يرجع به على الغاصب ؟ على روايتين . بناء على الروايتين فى ضمان النفع إذا تلف عند المشترى . على ماتقدم . قاله المصنف ، والشارح . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والفائق ، وغيرهم .

إحداهما : يرجع . صححه فى التصحيح . وجزم به فى الوجيز . وهو المذهب . لأن الصحيح من المذهب : أنه يرجع عليه بأجرة النفع ، على ما تقدم قريباً . فكذا هذا .

والثانية : لا يرجع .

قوله ﴿ وَإِنْ أَعَارَهَا فَتَلِفَتْ عِنْدَ الْمُسْتَعِيرِ : اسْتَقَرَّ ضَمَانُ قِيمَتِهَا عَلَيْهِ وَضَمَانُ الْأُجْرَةِ عَلَى الْغَاصِبِ ﴾ .

إذا استعارها من الغاصب عالماً بغصبها . فله تضمين الغاصب ، والمستعير .

فإن ضمن الغاصب : رجع على المستعير . وإن ضمن المستعير : لم يرجع على الغاصب مطلقاً .

وإن كان غير عالم بالغصب ، فضمن المستعير : لم يرجع على الغاصب بقيمة العين . ويرجع عليه بضمان المنفعة . على الصحيح من المذهب . وهو قول المصنف « وضمان الأجرة على الغاصب » .

وعنه : لا يرجع بضمان المنفعة إذا تلفت بالاستيفاء . ويستقر الضمان عليه فى مقابلة الانتفاع .

قال فى القواعد : وإن ضمن الغاصب المنفعة ابتداء . ففيه طريقان .

أحدهما : البناء على الروايتين . فإن قلنا : لا يرجع القابض عليه إذا ضمن ابتداء : رجع على الغاصب هنا عليه ، وإلا فلا . وهى طريقة أبى الخطاب ، ومن اتبعه ، والقاضى ، وابن عقيل فى موضع .

والطريق الثانى : لا يرجع الغاصب على القابض ، قولاً واحداً . قاله القاضى ، وابن عقيل فى موضع آخر .

فائدة : ذكر المصنف ـ رحمه الله ـ فيما إذا انتقلت العين من يد الغاصب إلى يد غيره ثلاث مسائل : مسألة الشراء ، ومسألة الهبة ، ومسألة العارية . وتقدم الكلام عليها .

وقد ذكر العلامة ابن رجب فى قواعده : أن الأيدى القابضة من الغاصب ، مع عدم العلم بالحال عشرة :

منها : الثلاثة المذكورة ، التى ذكرها المصنف . ولكن نعيد ذكر يد المتهب لأجل نظائرها فى اليد التاسعة .

فاليد الثالثة : الغاصبة من الغاصب ، وحقها : أن تكون أولى . لأنها كالأصل للأيدى . وهو أن اليد الغاصبة من الغاصب يتعلق بها الضمان ، كأصلها . ويستقر عليها مع التلف تحتها . ولا يطالب بما زاد على مدتها .

اليد الرابعة : يد آخذة لمصلحة الدافع ـ كالاستيداع ، والوكالة بغير جعل . فالصحيح من المذهب : أن للمالك تضمينها . ثم يرجع بما ضمن على الغاصب ، لتغريره .

وفيه وجه آخر باستقرار الضمان عليها ، ولتلف المال تحتها من غير إذن . صرح به القاضى فى المجرد ، فى باب المضاربة .

قال ابن رجب : ويتخرج فيه وجه آخر : لا يجوز تضمينها بحال من الوجه المحكى كذلك فى المرتهن ، ونحوه . وأولى .

وخرجه الشيخ تقى الدين رحمه الله من مودَع المودَع ، حيث لا يجوز له الإيداع . فإن الضمان على الأول وحده .

كذلك قال القاضى فى المجرد ، وابن عقيل فى الفصول . وذكر : أنه ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله ، ومن الأصحاب من منع ظهوره .

اليد الخامسة : يد قابضة لمصلحتها ، ومصلحة الغاصب ـ كالشريك ، والمضارب ، والوكيل بجعل ، والمرتهن ـ فالمشهور : جواز تضمينها أيضاً . وترجع بما ضمنت . لدخولها على الأمانة .

وذكر القاضى فى المجرد ، وابن عقيل ، والمصنف فى الرهن : احتمالين آخرين .

أحدهما : استقرار الضمان على القابض . وحكوا هذا الوجه فى المضارب أيضاً .

والثانى : لا يجوز تضمينها بحال . لدخولها على الأمانة .

قال ابن رجب : وينبغى أن يكون هو المذهب . وأنه لا يجوز تضمين القابض ما لم يدخل على ضمانه فى جميع هذه الأقسام .

وحكى القاضى ، وغيره فى المضاربة وجهاً آخر : أن الضمان فى هذه الأمانات يستقر على من ضمن منهما . فأيهما ضمن لم يرجع على الآخر .

اليد السادسة : يد قابضة عوضاً مستحقاً بغير عقد البيع ـ كالصداق ، وعوض الخلع ، والعتق ، والصلح عن دم العمد إذا كان معيناً له ، أو كان القبض وفاء لدين مستقر فى الذمة من ثمن مبيع ، أو غيره ، أو صداقاً ، وقيمة ما تلف ونحوه ـ فإذا تلفت هذه الأعيان فى يد من قبضها ، ثم استحقت : فللمستحق الرجوع على القابض ببدل العين والمنفعة ، على ما تقرر .

قال : ويتخرج وجه : أن لا مطالبة له عليه . وهو ظاهر كلام ابن أبى موسى فى الصداق . والباقى مثله على القول بالتضمين . فيرجع على الغاصب بما غرم من قيمة المنافع ، لتغريره . إلا بما انتفع به . فإنه مخرج على الروايتين .

وأما قيم الأعيان ، فمقتضى ما ذكره القاضى ومن اتبعه : أنه لا يرجع بها .

ثم إن كان القبض وفاء عن دين ثابت فى الذمة : فهو باق بحاله . وإن كان عوضاً متيعناً فى العقد : لم ينفسخ العقد هنا باستحقاقه . ولو قلنا : إن النكاح على المغصوب لا يصح . لأن القول بانتفاء الصحة مختص بحالة العلم . ذكره ابن

أبى موسى . ويرجع على الزوج بقيمة المستحق فى المنصوص . وهو قول القاضى فى خلافه .

وقال فى المجرد : ويجب مهر المثل .

وأما عوض الخلع ، والعتق ، والصلح عن دم العمد : ففيه وجهان .

أحدهما : يجب الرجوع فيها بقيمة العوض المستحق . وهو المنصوص . وهو قول القاضى فى أكثر كتبه . وجزم به صاحب المحرر .

والثانى : يجب قيمة المستحق فى الخلع ، والصلح عن دم العمد . بخلاف العتق . فإن الواجب فيه قيمة العبد . وهو قول القاضى فى البيوع من خلافه .

ويشبه قول الأصحاب ، فيما إذا جعل عتق أمته صداقها وقلنا ـ لاينعقد به النكاح ـ فأبت أن تتزوجه على ذلك : أن عليها قيمة نفسها لاقيمة مهر مثلها .

وعلى الوجه المخرج فى البيع : أن المغرور يرجع بقيمة العين . فهنا كذلك .

اليد السابعة : يد قابضة بمعاوضة . وهى يد المستأجر .

فقال القاضى ، والأكثرون : إذا ضمنت المنفعة لم يرجع بها .

ولو زادت أجرة المثل على الأجرة المسماة : ففيه مامر من زيادة قيمة العين على الثمن . وإذا ضمنت قيمة العين رجعت بها على الغاصب لتغريره .

وفى تعليقة المجد يتخرج لأصحابنا وجهان .

أحدهما : أن المستأجر لا ضمان عليه بحال . لقول الجمهور : يضمن العين .

وهل القرار عليه ؟ لنا وجهان .

أحدهما : عليه .

والثانى : على الغاصب . وهو الذى ذكره القاضى فى خلافه . انتهى .

اليد الثامنة : يد قابضة للشركة . وهى المتصرفة فى المال بما ينميه بجزء من

النماء ـ كالشريك ، والمضارب ، والمزارع ، والمساقى ـ ولهم الأجرة على الغاصب لعملهم له بعوض لم يسلم .

فأما المضارب ، والمزارع بالعين المغصوبة ، وشريك العنان : فقد دخلوا على أن لا ضمان عليهم بحال . فإذا ضمنوا ـ على المشهور ـ رجعوا بما ضمنوا ، إلا حصتهم من الربح ، فلا يرجعون بضمانها . ذكره القاضى ، وابن عقيل فى المساقي . والمزارع نظيره .

أما المضارب ، والشريك : فلا ينبغى أن يستقر عليهم ضمان شىء بدون القسمة مطلقاً .

وحكى الأصحاب فى المضارب للمضارب بغير إذن وجهاً آخر : أنه يرجع بما ضمنه . بناء على الوجه المذكور باستقرار الضمان على من تلف المال بيده .

ويتخرج وجه آخر : أنه لا يملك المالك تضمينهم بحال . وإنما أعاد حكم الشريك والمضارب لذكر النماء .

وأما المساقى إذا ظهر الشجر مستحقاً بعد تكملة العمل : فللعامل أجرة المثل لعمله على الغاصب . وإذا تلف الثمن فله حالتان .

إحداهما : أن يتلف بعد القسمة . فللمالك تضمين كل من الغاصب والعامل ماقبضه . وله أن يضمن الكل للغاصب . فإذا ضمنه الكل : رجع على العامل بما قبضه لنفسه .

وفى المغنى احتمال : لا يرجع عليه . وهل للمالك تضمين العامل جميع الثمرة ؟ ذكر القاضى فيه احتمالين .

أحدهما : نعم . ثم يرجع العامل على الغاصب بما قبضه على الثمرة . على المشهور ، وبالكل على الاحتمال المذكور . والثانى : لا

الحالة الثانية : أن يتلف الثمر قبل القسمة : إما على الشجر ، وإما بعد جذه . ففى التلخيص فى مطالبة العامل بالجميع : احتمالان . وكذا لو تلف بعض الشجر .

قال ابن رجب : وهو ملتفت إلى أن يد العامل : هل تثبت على الشجر والثمر أم لا ؟ والأظهر : أن لا . لأن الضمان عندنا لا ينتقل فى الثمر المعلق على شجره بالتخلية .

ولو اشترى شجرة بثمرها . فهل تدخل الثمرة فى ضمانه تبعاً للشجرة ؟ قال ابن عقيل فى فنونه : لا تدخل .

قال ابن رجب : والمذهب دخولها تبعاً .

اليد التاسعة : يد قابضة تملكا لا بعوض : إما للعين بمنافعها — كالهبة ، والوقف والصدقة والوصية — أو للمنفعة — كالموصى له بالمنافع — والمشهور : أنها ترجع بما ضمنته بكل حال ، إلا ما يحصل لها به نفع . ففى رجوعها بضمانه الروايتان

ويتخرج وجه آخر : أنها لا تضمن ابتداء : مالم يستقر ضمانها عليه .

وذكر القاضى ، وابن عقيل رواية : أنها لا ترجع بما ضمنته بحال .

ثم اختلف الأصحاب فى محل الروايتين فى الرجوع بما انتفعت به على طرق ثلاث :

إحداهن : أن محلهما إذا لم يقل الغاصب : هذا ملكى ، أو ما يدل عليه . فإن قال ذلك : فالقرار عليه بغير خلاف . وهى طريقة المصنف فى المغنى .

والطريقة الثانية : إن ضمن المالك القابض ابتداء ، ففى رجوعه على الغاصب الروايتان مطلقاً . وإن ضمن الغاصب ابتداء ، فإن كان القابض قد أقر له بالملكية : لم يرجع على القابض . رواية واحدة . وهى طريقة القاضى .

والطريقة الثالثة : الخلاف فى الكل من غير تفصيل . وهى طريقة أبى الخطاب وغيره .

اليد العاشرة : يد متلفة للمال نيابة عن الغاصب — كالذابح للحيوان ، والطابخ له — فلا قرار عليها بحال . وإنما القرار على الغاصب . قاله القاضى ، وابن عقيل ، والأصحاب .

قال ابن رجب : و يتخرج وجه آخر بالقرار عليها مما أتلفه ، كالمودع إذا تلفت تحت يده وأولى . لمباشرتها للإتلاف .

قال : و يتخرج وجه آخر : لاضمان عليها بحال من نص الإمام أحمد فيمن حفر لرجل بئراً فى غير ملكه ، فوقع فيها إنسان . فقال الحافر : ظننت أنها فى ملكه . فلا شيء عليه . و بذلك جزم القاضى ، وابن عقيل فى كتاب الجنايات .

وأما إذا أتلفته على وجه محرم شرعاً ، عالمة بتحريمه ، كالقاتلة للعبد المغصوب والمحرقة للمال بإذن الغاصب فيهما . ففى التلخيص : يستقر عليها الضمان . لأنها عالمة بالتحريم . فهى كالعالمة بأنه مال الغير .

ورجح الحارثى دخولها فى قسم المغرور . انتهى كلام ابن رجب فى القواعد ملخصاً . ولقد أجاد . فرحمه الله .

قوله ﴿ وَإِنِ اشْتَرَى أَرْضًا فغَرَسَهَا ، أَوْ بَنَى فِيهَا . فَخَرَجَتْ مُسْتَحَقَّةً فَقَلَعَ غَرْسَهُ وَبِنَاءَهُ : رَجَعَ الْمُشْتَرِى عَلَى البَائِعِ بِمَا غَرِمَهُ ﴾ .

ذكره القاضى فى القسمة . وهذا بلا نزاع على القول بجواز القلع .

وأفادنا كلام المصنف : أن للمالك قلع الغرس والبناء .

هذا المذهب مطلقاً . أعنى من غير ضمان النقص ، ولا الأخذ بالقيمة . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الشرح ، وشرح ابن منجا ، والوجيز . وقدمه فى المحرر ، والفروع ، وشرح الحارثى . وقال : هو الأصح .

قال فى القواعد : هذا الذى ذكره ابن أبى موسى ، والقاضى فى المجرد . وتبعه عليه المتأخرون .

وعنه : لرب الأرض قلعه إن ضمن نقصه . ثم يرجع به على البائع . قاله فى المحرر ، وغيره .

وقال الحارثى : وعن الإمام أحمد رحمه الله : لا يقع . بل يأخذه بقيمته . وذكر النص من رواية حرب .

وقدمه في القاعدة السابعة والسبعين في غرس المشترى من الغاصب . وقال : نقله عنه حرب ، ويعقوب بن بختان . وذكر النص ، وقال : وكذلك نقل عنه محمد بن حرب الجرجاني . وقال : هذا الصحيح . ولا يثبت عن الإمام أحمد سواه . ونصره بأدلة .

وتقدم التنبيه على بعض ذلك في أول الباب ، عند غرس الغاصب وبنائه . ولكن كلامه هنا أعم .

فائدتان

إحداهما : لو بنى فيما يظنه ملكه : جاز نقضه لتفريطه . ويرجع على من غره . ذكره في الانتصار في الشفيع . واقتصر عليه في الفروع .

الثانية : لو أخذ منه مااشتراه بحجة مطلقة : ردّ بائعه ماقبضه منه . على الصحيح من المذهب . قدمه في الفروع .

وقيل : إن سبق الملك الشراء وإلا فلا . ذكره في الرعاية في الدعوى .

قوله ﴿ وَإِنْ أَطْعَمَ الْمَغْصُوبَ لِعَالِمٍ بِالْغَصْبِ : اسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عَلَيْهِ ﴾ يعني : على الآكل . وهذا بلا نزاع .

﴿ وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ ، وَقَالَ لَهُ الْغَاصِبُ : كُلْهُ ، فَإِنَّهُ طَعَامِي : اسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عَلَى الْغَاصِبِ ﴾ .

على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به في المغنى ، والشرح ، والنظم ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه في الفروع ، والخلاصة .

وقيل : الضمان على الآكل .

وأطلقهما في الرعايتين ، والفائق ، والحاوى الصغير .

ويأتي كلام القاضي ، وأبي الخطاب ، وغيرهما .

قوله ﴿ وَإِنْ لَمْ يَقُلْ ﴾ يعنى وإن لم يقل : هو طعامى ، بل قال له : كل ﴿ فَفِى أَيِّهِمَا يَسْتَقِرُّ عَلَيْهِ الضَّمَانُ ؟ وَجْهَانِ ﴾.

أكثر الأصحاب يحكون الخلاف وجهين . وحكاهما فى المغنى روايتين . وأطلقهما فى الشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، والحارثى .

أحدهما : يستقر الضمان على الغاصب . وهو المذهب . صححه فى النظم ، والتصحيح . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الخلاصة ، والفروع . وهو ظاهر كلام الخرقى .

والوجه الثانى : يستقر على الآكل .

وقال القاضى ، وأبو الخطاب فى الهداية ، والسامرى فى المستوعب ، وابن الجوزى فى المذهب : إن ضمن الغاصب استقر الضمان عليه وجهاً واحداً .

وإن ضمن الآكل ففي رجوعه على الغاصب وجهان ، مبنيان على روايتى المغصوب . لكن القاضى قال : ذلك فيما إذا قال : هو طعامى فكله . وغيره ذكره فى المسألتين .

قوله ﴿ وَإِنْ أَطْعَمَهُ لِمَالِكِهِ ، وَلَمْ يَعْلَمْ : لَمْ يَبْرَأْ . نَصَّ عَلَيْهِ فِي رَجُلٍ لَهُ عِنْدَ رَجُلٍ تَبِعَةٌ ، فَأَوْصَلَهَا إِلَيْهِ عَلَى أَنَّهَا صِلَةٌ أَوْ هَدِيَّةٌ ، وَلَمْ يَعْلَمْ كَيْفَ هَذَا ﴾ قال المصنف ﴿ يَعْنِي أَنَّهُ لاَ يَبْرَأُ ﴾ .

اعلم أنه إذا أطعمه لمالكه فأكله . عالماً أنه طعامه : برىء غاصبه . وكذا لو أكله بلا إذنه .

فإن لم يعلم ، وقال له الغاصب : كله ، فإنه طعامى : لم يبرأ الغاصب أيضاً .

وإن لم يقل ذلك ، بل قدمه إليه ، وقال : كله . فجزم المصنف هنا : أنه لايبرأ . وهو ظاهر النص المذكور .

قال الحارثي : نص عليه من وجوه ـ وذكرها ـ وهو المذهب . جزم به في الوجيز ، والفائق ، وناظم المفردات ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة . وقدمه في الكافي ، والمغني ، والتلخيص ، والشرح ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والحارثي . وهو من مفردات المذهب .

قال المصنف ـ وتبعه الشارح ـ ويتخرج أن يبرأ ، بناء على ما إذا أطعمه لأجنبي . فإنه يستقر الضمان على الآكل في أحد الوجهين كما تقدم . وذكره ابن أبي موسى تخريجاً .

فائدتان

إحداهما : لو أطعمه لدابة المغصوب منه ، أو لعبده : لم يبرأ . على الصحيح من المذهب . وجزم به التلخيص .

قال في الفائق : ولو أطعمه لدابته مع علمه : بريء من الغصب ، وإلا فلا . نص عليه . وقدمه في الرعاية الصغرى ، والحاوي الصغير .

قال في الفروع : لغير عالم بغصبه .

قال جماعة : أو لدابته ، استقر ضمانه عليه .

وقال في الرعاية الكبرى : إن جهل مالكه . ففيه ثلاثة أوجه .

الثالث : لا يبرأ ، إن قال : هو لي ، وإلا بريء . انتهى .

الثانية : قال المصنف ، والشارح : لو وهب المغصوب لمالكه ، أو أهداه إليه : بريء . على الصحيح من المذهب . لأنه سلمه إليه تسليماً تاماً . وكذا إن باعه أيضاً ، وسلمه إليه ، أو أقرضه إياه . وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله .

قال في الفروع : وجزم به جماعة . وصححه في الكافي ، وغيره .

وقال في القاعدة السادسة والستين : والمشهور في الهبة : أنه لا يبرأ . نص عليه الإمام أحمد . معللا بأنه تحمل منته . وربما كافأه على ذلك .

واختار القاضى فى خلافه ، وصاحب المغنى : أنه يبرأ . لأن المالك تسلمه تسلماً تاماً . وعادت سلطته إليه . انتهى .

وقدم فى الفروع : أن أخذه بهبة ، أو شراء ، أو صدقة : أنه كإطعامه لربه . على ما تقدم .

وقال فى الرعاية الكبرى : إن أهداه إليه ، أو جعله صدقة : لم يبرأ على الأصح .

قال الحارثى : والمنصوص : عدم البراءة . اختاره ابن أبى موسى ، والقاضيان أبو يعلى ، ويعقوب بن إبراهيم . انتهى .

قوله ﴿ وَإِنْ رَهَنَهُ عِنْدَ مَالِكِهِ ، أَوْ أَوْدَعَهُ إِيَّاهُ ، أَوْ أَجَّرَهُ ، أَوِ اسْتَأْجَرَهُ عَلَى قِصَارَتِهِ وَخِيَاطَتِهِ : لَمْ يَبْرَأْ ، إِلاَّ أَنْ يَعْلَمَ ﴾ .

وهو المذهب . جزم به فى الوجيز ، والفائق . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع .

قال الحارثى : فالنص قاض بعدم البراءة . انتهى .

وقدمه فى الكافى فى غير الرهن . وقيل : يبرأ .

قال فى الفروع ، وقال جماعة : يبرأ فى وديعة ، ونحوها .

قال الشارح ، وقال بعض أصحابنا : يبرأ .

قلت : ورأيته فى نسخة قرئت على المصنف .

وقال أبو الخطاب : يبرأ .

فائدة : لو أباحه مالكه للغاصب ، فأكله قبل علمه : ضمن . ذكره فى الانتصار فيما إذا حلف : لا خرجت إلا بإذنى .

قال فى الفروع : ويتوجه الوجه . يعنى : بعدم الضمان .

قال : والظاهر أن مرادهم غير الطعام كهو فى ذلك . ولا فرق .

قال فى الفنون ، فى مسألة الطعام : يبقى الضمان . بدليل ما لو قدم له شوكه الذى غصبه منه فسجره وهو لا يعلم . انتهى .

وما ذكره فى الانتصار ذكره القاضى يعقوب فى تعليقه فى المكان المذكور ، ولم يخصه بالطعام ، بل قال : كل تصرُّف تَصَرَّفَ به الأجنبي فى مال غيره ، وقد أذن فيه مالكه ولم يعلم : فعليه الضمان . انتهى .

ولم يرتضه بعض المتأخرين .

قلت : قال فى القاعدة الرابعة والستين : وما ذكره فى الانتصار بعيد جداً والصواب : الجزم بعدم الضمان . لأن الضمان لا يثبت بمجرد الاعتقاد فيما ليس بمضمون ، كمن وطىء امرأة يظنها أجنبية فتبينت زوجته . فإنه لا مهر عليه ، ولا غيره . وكما لو أكل فى الصوم يظن أن الشمس لم تغرب ، فتبين أنها كانت غربت . فإنه لا يلزمه القضاء . انتهى . وهو الصواب .

قوله ﴿ وَإِنْ أَعَارَهُ إِيَّاهُ : بَرِيءَ ، عَلِمَ أَوْلَمْ يَعْلَمْ ﴾ .

هذا المذهب . جزم به فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والفروع ، والوجيز ، وغيرهم .

وقيل : إذا لم يعلم لم يبرأ . جزم به فى التلخيص .

قال الحارثى : ومقتضى النص : الضمان . و به قال ابن عقيل ، وصاحب التلخيص . انتهى .

وقدمه فى الكافى ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق . وقال : اختاره الشيخ . يعنى به المصنف .

والظاهر : أنه أراد ماقدمه فى الكافى ، ولم يعارضه المغنى ، والمقنع . فإن المصنف جزم بالبراءة فيهما .

وأما صاحب الفروع : فإنه تابع المصنف فى المغنى ، ولو أعاد النظر . لحكى الخلاف ، كما حكاه غيره .

فائدة : لو باعه إياه ، أو أقرضه ، فقبضه جاهلاً : لم يبرأ ، على المنصوص . قاله الحارثى . واختار المصنف : أنه يبرأ .

قوله ﴿ وَمَنِ اشْتَرَى عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ . فَادَّعَى رَجُلٌ : أَنَّ الْبَائِعَ غَصَبَهُ مِنْهُ فَصَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا : لَمْ يُقْبَلْ عَلَى الآخَرِ ﴾ بلا نزاع ﴿ وَإِنْ صَدَّقَاهُ مَعَ الْعَبْدِ لَمْ يَبْطُلِ العِتْقُ ﴾ .

و يستقر الضمان على المشترى . وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . منهم القاضى ، وغيره . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، والحارثى .

وقال أبو الخطاب فى الهداية ، والمصنف وجماعة : و يحتمل أن يبطل العتق ﴿ إِذَا صَدَّقُوهُ كُلُّهُمْ ﴾ .

يعنى : إذا اتفقوا عليه كلهم . و يعود العبد إلى المدعى .

تنبيه : الضمان هنا هو ثمنه . قدمه فى الرعاية الكبرى .

وقيل : بل قيمته حين العقد .

قال فى الرعاية الكبرى ، قلت : إن أجاز البيع — وقلنا يصح بالإجازة — فله الثمن . و إن رده : فله القيمة .

فعلى المذهب ، فى أصل المسألة : لو مات العبد ، وخلف مالاً : فهو للمدعى إلا أن يخلف وارثاً فيأخذه . وليس له عليه ولاء .

قوله ﴿ وَإِنْ تَلِفَ المَغْصُوبُ : لَزِمَهُ مِثْلُهُ ، إِنْ كَانَ مَكِيلاً ، أَوْ مَوْزُونًا ﴾ .

وكذا لو أتلفه . هذا المذهب . وعليه الأصحاب ، سواء تماثلت أجزاؤه أو تفاوتت — كالأثمان ، والحبوب ، والأدهان ، وغير ذلك — وجزم به فى العمدة ، والمحرر ، والوجيز ، والتسهيل ، وغيرهم . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

وحكاه ابن عبد البر إجماعاً فى المأكول ، والمشروب .

وعنه : يضمنه بقيمته .

قال الحارثى : ذكرها القاضى أبو الحسين فى كتابه التمام ، وأبو الحسن ابن بكروس فى رءوس المسائل . وذكره القاضى أيضاً .

وذكر أيضاً أخذ القيمة فى نُقْرة وسبيكة للأثمان ، وعنب ورطب وكمثرى .

قال المصنف ، والشارح : ويحتمل أن يضمن النقرة بقيمتها .

تنبيه : محل هذا إذا كان باقياً على أصله . فأما مباح الصناعة ـ كمعمول الحديد ، والنحاس ، والرصاص ، والصوف ، والشعر المغزول ، ونحو ذلك ـ فإنه يضمن بقيمته . لأنه خرج عن أصله . جزم به فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم .

قوله ﴿ وَإِنْ أَعْوَزَ الْمِثْلُ فَعَلَيْهِ قِيمَةُ مِثْلِهِ يَوْمَ إِعْوَازِهِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، والمحرر ، وناظم المفردات ، والمنور ، وغيرهم .

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والمغنى ، والشرح ، والتلخيص ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

وهو من مفردات المذهب .

وقال القاضى فى الخصال : يضمنه بقيمته يوم القبض . يعنى يوم قبض البدل .

قال فى التلخيص : وذكره ابن عقيل .

قال الحارثى : اختاره ابن عقيل .

وعنه : يلزمه قيمته يوم تلفه .

وقيل : أكثرهما ـ يعنى : أكثر القيمتين ـ قيمته يوم البدل ، وقيمته يوم التلف .

وعنه : يوم المحاكمة . وعنه يلزمه قيمته يوم غصبه .

وقيل : يلزمه أكثر القيمتين : قيمته يوم الإعواز ، وقيمته يوم الغصب . وهو تخريج فى الهداية وغيرها .

فوائد

إحداها : إن قدر على المثل قبل أخذ القيمة : وجب رد المثل . قاله الأصحاب .

وقال فى القاعدة السادسة والأربعين : ينبغى أن يحمل كلامهم على ما إذا قدر على المثل عند الإتلاف ، ثم عدمه .

أما إن عدمه ابتداء : فلا يبعد أن يخرج فى وجوب أداء المثل خلاف . انتهى .

وإن كان بعد أخذها : أجزأت .

ولا يلزمه ردّها ، وأخذ المثل . على الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع : لم يرد القيمة فى الأصح .

قال فى التلخيص : لم يرد القيمة على الأظهر . وجزم به فى الفائق ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير .

وقيل : يرده ويأخذ المثل .

الثانية : الصحيح من المذهب : أن المثلى هو المكيل والموزون .

قال الحارثى : المذهب أنه المكيل والموزون . كذلك نص عليه من رواية إبراهيم بن هانىء ، وحرب بن إسماعيل .

وتقدم كلام القاضى فى السبيكة ونحوها .

وقال فى المجرد : الحطب ، والخشب ، والحديد ، والنحاس ، والرصاص ليس مثلياً لا يختلف .

قال الحارثى : وعموم نص الإمام أحمد رحمه الله على خلافه ، وهو الصحة . انتهى .

ذكر في المستوعب : أن كل مالا يضبط بالصفة ــ كالربويات ، والأشربة ، والغالية ــ غير مثلى . لاختلافه باختلاف المركبات والتركيب .

قال الحارثى : والصواب إدراجه فى المنصوص . لأنه موزون .

وقال الحارثى أيضاً : ولعمرى ، ان اعتبار المثلى بكل مايثبت فى الذمة حسن ، والتشابه فى غير المكيل والموزون ممكن . فلا مانع منه . وكذلك ماانقسم بالأجزاء بين الشريكين من غير تقويم ، مضافاً إلى هذا النوع . لوجود التماثل وانتفاء التخالف . انتهى .

الثالثة : الدراهم المغشوشة الرائجة : مثلية لتماثلها عرفاً . ولأن أخلاطها غير مقصودة . قاله الحارثى .

قوله ﴿ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِثْلِيًّا : ضَمِنَهُ بِقِيمَتِهِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وهو من المفردات .

قال الحارثى : هو قول الأكثرين .

وقد نص عليه ، فى الأمة : من رواية صالح وحنبل ، وموسى بن سعيد ، ومحمد ابن يحيى الكحال . وفى الدابة : من رواية مهنا . وفى الثياب : من رواية الكحال أيضاً ، وابن مشيش ومهنا .

وعنه : فى الثوب والقصعة والعصى ونحوها : يضمنها بالمثل ، مراعياً للقيمة اختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله ، وصاحب الفائق .

قال فى رواية موسى بن سعيد : المثل فى العصى والقصعة إذا كسر ، وفى الثوب . وصاحب الثوب مخير . إن شاء شق الثوب ، وإن شاء مثله .

قال المصنف : معناه ــ والله أعلم ــ إن شاء أخذ أرس الشق .

قال الحارثى : وفيه نظر . فقد قال فى رواية الشالنجى : يلزمه المثل فى العصى ، والقصعة والثوب .

قلت : فلو كان الشق قليلاً ؟ قال صاحب الثوب بالخيار قليلاً كان أو كثيراً .
وذكر ذلك فى الفائق ، وغيره .

وقال فى الفروع ، وعنه : يضمنه بمثله . ذكرها ابن أبى موسى . واختارها شيخنا .

قال فى الاختيارات : وهو المذهب عند ابن أبى موسى .

قال الحارثى : هو المذهب عند ابن أبى موسى . واختاره . وذكر لفظه فى الإرشاد .

قال الحارثى : وهو الحق .

وعنه : يضمنه بمثله . وعنه : يضمنه فى غير الحيوان بمثله . ذكره جماعة .

وذكر فى الواضح ، والموجز : أنه ينقص عنه عشرة دراهم .

وذكر فى الانتصار ، والمفردات : لو حكم حاكم بغير المثل فى المثلى ، و بغير القيمة فى المتقوم : لم ينفذ حكمه ، ولم يلزمه قبوله .

ونقل ابن منصور فيمن كسر خلخالا : أنه يصلحه .

قوله ﴿ ضَمِنَهُ بِقِيمَتِهِ يَوْمَ تَلَفِهِ فِي بَلَدِهِ مِنْ نَقْدِهِ ﴾ .

وهذا المذهب . نقله الجماعة عن الإمام أحمد رحمه الله .

قال الحارثى : وهو الصحيح والمشهور .

وقال الزركشى : هذا المشهور والمختار عند الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، ونظم المفردات ، والمنور ، وغيرهم . وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والتلخيص ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، والحارثى ، وغيرهم .

و يتخرج : أن يضمنه بقيمته يوم غصبه . وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله
قال الحارثى : أورد المصنف وأبو الخطاب هذا التخريج من قول الإمام

أحمد فى حوائج البقال يعطيه على سعر يوم أخذ . وفرق بينهما بأن الحوائج يملكها الآخذ بأخذها . بخلاف المغصوب . انتهى .

وعنه : بأكثرهما ـ يعنى أكثر القيمتين ـ قيمة يوم تلفه ويوم غصبه .

قال الحارثى : ومن الأصحاب من حكى رواية بوجوب أقصى القيم : من يوم الغصب إلى يوم التلف .

ونسب إلى الخرقى من قوله « ولو غصبها حاملا ، فولدت فى يده ثم مات الولد . أخذها سيدها وقيمة ولدها أكثر ما كانت قيمته » وهو اختيار السامرى .

قال القاضى فى الروايتين : وما وجدت رواية بما قال الخرقى .

وهو عندى غير مناف للأول . فإن قيمة الولد بعد الولادة تتزايد بتزايد تربيته . فتكون يوم موته أكثر ما كانت .

وعلى هذا يتعين حمل ماقال . لأنه المعروف من نص الإمام أحمد . وما عداه من ذلك لا يعرف من نصه . انتهى .

فائدة : حكم المقبوض بعقد فاسد وما جرى مجراه : حكم المغصوب فى اعتبار الضمان بيوم التلف . وكذا المتلف بلا غصب ، بغير خلاف . قاله الحارثى .

وتقدمت الإحالة على هذا المكان فى أواخر خيار البيع .

وقوله « فى بلده » هو الصحيح من المذهب . أى فى بلد غصبه . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والتلخيص ، والفائق ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وعنه : تعتبر القيمة من نقد البلد الذى تلف فيه . لأنه موضع ضمانه . جزم به فى الكافى .

قال الحارثى ، عن القول الأول : كذا قال أبو الخطاب ومن تابعه . وعلل بأنه محل الضمان . فاختص به دون غيره .

قال : وفى هذا نظر . فإنه إنما يتمشى على اعتبار الضمان بيوم الغصب . لأنه إذَنْ محل الضمان .

أما على اعتباره بيوم التلف ـ كما هو الصحيح ـ فالاعتبار إذن إنما هو بمحل التلف . لأنه محل الضمان ، حيث وجد سببه فيه . فوجب الاعتبار به .

وقد أشار صاحب التلخيص إلى ماقلنا .

فإنه قال : لو غصب فى بلد ، وتلف فى بلد آخر ، ولقيه فى ثالث : كان له المطالبة بقيمة أى البلدين شاء من بلد الغصب والتلف ، إلا أن نقول : الاعتبار بيوم القبض ، فيطالب بالقيمة فى بلد الغصب . انتهى .

قلت : قد صرح فى التلخيص بأنه يعتبر القيمة فى بلد الغصب فى هذا المحل من كتابه . فقال : وتعتبر القيمة فى بلد الغصب .

وعلى كلا القولين : إن كان فى البلد نقد أخذ منه . وإن كان فيه نقود أخذ من غالبها . صرح به الأصحاب ، إلا أن يكون من جنس المغصوب . مثل المصوغ ونحوه . على مايأتى .

فوائد

الأولى : لو نسج غزلا ، أو عجن دقيقا . فقيل : حكمه كذلك . جزم به فى الفائق .

وقيل : حكمه كذلك ، أو القيمة .

قال فى التلخيص : وهو أولى عندى . وأطلقهما فى الفروع .

الثانية : لا قصاص فى المـال . مثل شق ثوبه ونحوه . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

ونقل اسماعيل ، وموسى بن سعيد ، والشالنجى ، وغيرهم : أنه مخير فى ذلك . واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله ، وصاحب الفائق ، وابن أبى موسى .

وتقدم النقل فى ذلك قريباً فى قوله « وإن لم يكن مثلياً » .

ويأتى « هل يقتص من اللطمة ونحوها ؟ » فى باب مايوجب القصاص .

الثالثة : لو غصب جماعة مشاعاً . فرد واحد منهم سهم واحد إليه : لم يجز

له ، حتى يعطى شركاءه . نص عليه . وكذا لو صالحوه عنه بمال . نقله حرب .

قال فى الفروع : ويتوجه أنه بيع المشاع .

الرابعة : لو زكاه ربه : رجع بها . قدمه فى الفروع .

وقال : ظاهر كلام أبى المعالى : لا يرجع .

قال فى الفروع : وهو أظهر .

واختار صاحب الرعاية : أنه كمنفعة .

قوله ﴿ فَإِنْ كَانَ مَصُوغًا ، أَوْ تِبْرًا تُخَالِفُ قِيمَتُهُ وَزْنَهُ : قَوَّمَهُ بِغَيْرِ جِنْسِهِ ﴾ هذا المذهب .

قال فى الرعايتين ، والنظم : قومه بغير جنسه ، فى الأصح . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والحاوى الصغير ، والفائق ، وقال : قاله الشيخ وغيره .

قال الحارثى : هذا المشهور .

وقال القاضى : يجوز تقويمه بجنسه . واختاره فى الفائق .

قال الحارثى : وهو قول القاضى ، وابن عقيل . قال : وهو الأظهر .

وقال الحارثى : إذا استهلك ذهباً أو فضة ، فلا يخلو : إما أن يكونا مضروبين أو لا . فإن كانا مضروبين : فمثليان .

وإن كانا غير مضروبين ، فلا يخلو : إما أن يكونا مصوغين أو لا .

فإن لم يكونا مصوغين . فإن قيل بمثليته — كما هو الصواب — فيضمنان بالمثل .

وإن قيل : بتقويمه — وهو الوارد فى الكتاب — فإن كان من جنس نقد البلد ، واستويا زنة وقيمة : فمضمون بالزنة من نقد البلد .

وإن اختلفا — وهى مسألة الكتاب — : فمضمون بغير الجنس . وذكره القاضى أيضاً ، وابن عقيل ، وغيرهما .

وإن كان مغايراً لجنس نقد البلد ، بأن كان المتلَف ذهباً ، ونقد البلد دراهم ، أو بالعكس : ضمن بغالب نقد البلد .

وإن كانا مصوغين . فإن قيل : بالمثلية فى مثله ـ كما تقدم ـ وجب المثل زنة وصورة . وإن قيل بالتقويم ـ كما هو المشهور ـ فإن اتحدا قيمة ووزنا لسوء الصناعة : ضمن بزنته من نقد البلد كيف كان . وإن اختلفا : وجبت القيمة من غير الجنس .

وقال القاضى ، وابن عقيل : يجوز أداء القيمة من الجنس . وهو الأظهر . انتهى .

تنبيه : محل هذا إذا كان مباح الصناعة . فأما محرم الصناعة ـ كالأوانى ، وحلى الرجال المحرم ـ : فإنه لم يجز ضمانه بأكثر من وزنه . وجهاً واحداً . قاله المصنف . والشارح ، والحارثى ، وغيرهم .

وعنه : يضمن بقيمته . ذكرها فى الرعايتين .

وزاد فى الكبرى فقال : وقيل إن جاز اتخاذه : ضمن . كالمباح وإلا فلا .

قوله ﴿ فَإِنْ كَانَ مُحَلًّى بِالنَّقْدَيْنِ مَعًا : قَوَّمَهُ بِمَا شَاءَ مِنْهُمَا ، وَأَعْطَاهُ بِقِيمَتِهِ عَرَضًا ﴾ .

جزم به فى المغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، والنظم ، والوجيز ، وغيرهم .

قال الحارثى : فالواجب القيمة من غير الجنس . وهو العرض مقوماً بأيهما شاء ، وعلله . وقال : هذا على أصل المصنف وموافقته فى المسألة الأولى .

أما على أصل القاضى ، ومن وافقه : فجائز تضمينه بالجنس على ما مرّ . انتهى .

قوله ﴿ وَإِنْ تَلِفَ بَعْضُ الْمَغْصُوبِ ، فَنَقَصَتْ قِيمَةُ بَاقِيهِ ـ كَزَوْجَى خُفٍّ تَلِفَ أَحَدُهُمَا ـ فَعَلَيْهِ رَدّ الْبَاقِي ، وَقِيمَةُ التَّالِفِ ، وَأَرْشُ النَّقْصِ ﴾

هذا المذهب بلا ريب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

ونصره المصنف ، والشارح ، وغيرهما . وصححه فى النظم ، وغيره . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

قال الحارثى : هذا المذهب . وقدمه فى الهداية ، وغيرها .

وقيل : لايلزمه أَرْشُ النقص .

قال الحارثى : وهذا الوجه لا أصل له ، ولوهائه أعرض عنه غير واحد من الأصحاب ، مع الاطلاع على إيراد أبى الخطاب له . وأطلقهما فى الرعايتين ، والفائق .

قوله ﴿ وَإِنْ غَصَبَ عَبْدًا فَأَبَقَ ، أَوْ فَرَسًا فَشَرَدَ ، أَوْ شَيْئًا تَعَذَّرَ رَدُّهُ مَعَ بَقَائِهِ : ضَمِنَ قِيمَتَهُ . فَإِنْ قَدَرَ عَلَيْهِ بَعْدَ رَدِّهِ : أَخَذَ الْقِيمَةَ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وقالوا : يرد القيمة للغاصب بعينها إن كانت باقية . و يرد زوائدها المتصلة ، من سمن ونحوه . ولا يرد المنفصلة . بلا نزاع .

وإن كانت تالفة : فمثْلُها إن كانت مثلية ، أو قيمتها إن كانت متقومة .

وهل للغاصب حبس العين لاسترداد القيمة ؟

قال فى التلخيص : يحتمل وجهين . قال : وكذلك إذا اشترى شراء فاسداً : هل يحبس المشترى المبيع على رد الثمن ؟ والصحيح : أنه لايحبس ، بل يدفعان إلى عدل ، ليسلم إلى كل واحد ماله . انتهى . وأطلقهما فى الفروع ، والرعاية .

فائدة : إذا أخذ المالك القيمة من الغاصب ملكها . على الصحيح من المذهب . قاله المصنف ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

قال الحارثى : قاله أصحابنا .

وقال فى عيون المسائل وغيرها : لا يملكها . وإنما حصل بها الانتفاع فى مقابلة مافوته الغاصب . فما اجتمع البدل والمبدل منه . نقله عنه فى الفروع .

وقال الزركشى : وقال القاضى فى التعليق : لايملكها . وإنما يباح له الانتفاع بها بإزاء مافاته من منافع العين المغصوبة .

قال القاضي يعقوب ، في تعليقه : لايملكها . و إنما جعل الانتفاع بها عوضاً عما فوته الغاصب .

قال الحارثي : يجب اعتبار القيمة بيوم التعذر .

قال في التلخيص : ولايجبر المالك على أخذها . ولا يصح الإبراء منها . ولايتعلق الحق بالبدل . فلا ينتقل إلى الذمة . و إنما ثبت جواز الأخذ دفعاً للضرر . فتوقف على خيرته .

فائدة : لايملك الغاصب العين المغصوبة بدفع القيمة ، فلا يملك أكسابه ولايعتق عليه لو كان قريبه .

و يستحقه المالك بنمائه المتصل والمنفصل . وكذلك أجرة المثل إلى حين دفع البدل على مايأتي .

قوله ﴿ وَإِنْ غَصَبَ عَصِيرًا فَتَخَمَّرَ . فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ ﴾ .

رأيت في نسخة مقروءة على المصنف ، وعليها خطه « فعليه قيمته » وهو أحد الوجهين . جزم به في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعاية الصغرى ، والحاوي الصغير .

قال الحارثي : وليس بالجيد .

قلت : وهو بعيد جداً . لأن له مثلاً .

والوجه الثاني : يلزمه مثله . ورأيت في نسخ « فعليه مثله » وعليها شرح الشارح ، والحارثي ، وابن منجا ، وهو المذهب . جزم به في المغني ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والرعاية الكبرى ، والوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس ، والتلخيص . وغيرهم . وقدمه في شرح الحارثي ، والفائق . وأطلقهما في الفروع .

قوله ﴿ وَإِنِ انْقَلَبَ خَلاًّ : رَدَّهُ وَمَا نَقَصَ مِنْ قِيمَةِ الْعَصِيرِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به في الهداية ، والمذهب ،

والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير والوجيز ، والفائق ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، وشرح الحارثى .

وقال فى عيون المسائل : لايلزمه قيمة العصير . لأن الخل عينه كحَمَل صار كبشاً .

وقال الحارثى : وللشافعية وجه : يملكه الغاصب . وهو الأقوى . ونصره بأدلة كثيرة .

فائدة : لو غَلَى العصير ، فنقص : غرم أرش نقصه . وكذا يغرم نقصه . على المذهب . وقاله الأصحاب .

قال فى الفروع : ويحتمل أنه لايلزمه . لأنه ماء .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ لِلْمَغْصُوبِ أُجْرَةٌ : فَعَلَى الغَاصِبِ أُجْرَةُ مِثْلِهِ مُدَّةَ مُقَامِهِ فِى يَدِهِ ﴾ .

يعنى إذا كانت تصح إجارته . هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . ونص عليه فى قضايا كثيرة . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، والفروع ، وغيرهم .

وعنه التوقف عن ذلك .

قال أبو بكر : هذا قول قديم رجع عنه . لأن الراوى لها عنه محمد بن الحكم . وقد مات قبل الإمام أحمد رحمه الله بعشرين سنة .

قلت : موته قبل الإمام أحمد لايدل على رجوعه . بل لابد من دليل يدل على رجوعه غير ذلك .

ثم وجدت الحارثى قال قريباً من ذلك ، فقال : الاستدلال على الرجوع بتقدم وفاة محمد بن الحكم : لايصح . فإن من تأخرت وفاته من الجائز أن يكون منهم من سمع قبل سماع محمد بن الحكم . لاسيما أبو طالب . فإنه قديم الصحبة لأحمد رحمه الله .

قال : وأحسن منه : التأنس بما روى أن ابن منصور بلغه أن الإمام أحمد رجع عن بعض المسائل التى علقها . فجمعها فى جراب وحملها على ظهره . وخرج إلى بغداد ، وعرض خطوط الإمام أحمد عليه فى كل مسألة . فأقر له بها ثانياً .

فالظاهر : أن ذلك كان بعد موت ابن الحكم ، وقبل وفاة الإمام أحمد بيسير ، وابن منصور ممن روى الضمان . فيكون متأخراً عن رواية ابن الحكم . انتهى .

وتقدم نظير ذلك فى الباب عند قوله « و إن غصب ثو باً فقصره ، أو غزلاً فنسجه » .

قال فى الفروع هنا : ونقل ابن الحكم : لا أجرة مطلقاً ، يعنى سواء انتفع به أولا .

وظاهر المبهج : التفرقة . يعنى إن انتفع به فعليه الأجرة ، و إلا فلا . واختاره بعض الأصحاب .

وجعله الشيخ تقى الدين رحمه الله ظاهر مانُقل عنه .

وقد نقل ابن منصور : إن زرع بلا إذنه ، فعليه أجرة الأرض بقدر مااستعملها إلى رده أو إتلافه أو رد قيمته .

فائدتان

إحداهما : لو كان العبد ذا صنائع : لزمه أجرة أعلاها فقط .

الثانية : منافع المقبوض بعقد فاسد كمنافع المغصوب . تضمن بالفوات والتفويت

تنبيه : قال الحارثى « أبو بكر » المبهم فى الكتاب . هو الخلال . و إطلاق « أبى بكر » فى عرف الأصحاب إنما هو أبو بكر عبد العزيز ، لا الخلال ، و إن كان يحتمل أن يكون من كلام أبى بكر عبد العزيز . كما قال . فإنه أدخل فى جامع الخلال شيئاً من كلامه . فر بما اشتبه بكلام الخلال . إلا أن القاضى ، وابن عقيل ، وغيرهما من أهل المذهب : إنما حكوه عن الخلال . انتهى .

قوله ﴿ وَإِنْ غصبَ شَيْئًا ، فَعجزَ عَنْ رَدِّهِ فَأَدَّى قِيمَتَهُ : فَعَلَيْهِ أُجْرَتُه إِلَى وَقْتِ أَدَاءِ القِيمَةِ . وَفِيما بعْدَهُ وَجْهَانِ ﴾ .

إن كان قبل أداء القيمة : فحكمه حكم المسألة التى قبلها ، خلافاً ومذهباً .

و إن كان بعد أدائها : فأطلق فى وجوبها الوجهين . وأطلقهما فى التلخيص . وقال : ذكرهما القاضى ، وابن عقيل .

أحدهما : لايلزمه . وهو الصحيح من المذهب . صححه فى المستوعب ، والمصنف ، والشارح ، وصاحب التصحيح ، وغيرهم . وجزم به فى الوجيز ، وغيره وقدمه فى الفروع ، وغيره .

والوجه الثانى : يلزمه . لأن العين باقية على ملك المغصوب منه والمنفعة .

فعلى هذا الوجه : تلزمه الأجرة إلى رده مع بقائه .

فائدة : قال فى الفروع ، وظاهر كلام الأصحاب : أنه يضمن رائحة المسك ونحوه ، خلافاً للانتصار ، لا نقداً لتجارة .

قلت : الذى ينبغى : أن يقطع بالضمان فى ذهاب رائحة المسك ونحوه .

قوله ﴿ وَتَصَرُّفَاتُ الغَاصِبِ الْحُكْمِيَّةُ ـ كَالْحجِّ وَسَائِرِ العِبَادَاتِ ، وَالعُقُودِ . كَالْبَيْعِ ، وَالنِّكَاحِ ، وَنَحْوِهَا ـ بَاطِلَةٌ فِى إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ ﴾ .

وهى المذهب . قال الشارح : هذا أظهر .

قال الزركشى : هذا المذهب . وصححه فى التصحيح وغيره .

قال فى التلخيص ، فى باب البيع : و إن كثرت تصرفاته فى أعيان المغصوبات يحكم ببطلان الكل . على الأصح . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

قال فى الفروع : اختاره الأكثر . ذكره فى كتاب البيع فى الشرط السابع .

والأخرى : صحيحة .

وعنه : تصح موقوفة على الإجازة . وأطلقهن فى الفائق .

وقال ، وقيل : الصحة مقيدة بما لم يبطله المالك من العقود . انتهى .

قلت : قال الشارح : وقد ذكر شيخنا فى الكتاب المشروح رواية : أنها صحيحة .

وذكرها أبو الخطاب . قال : وهذا ينبغى أن يتقيد فى العقود بما إذا لم يبطله المالك .

فأما إن اختار المالك إبطاله ، فأخذ المعقود عليه . فلا نعلم فيه خلافاً .

وأما مالم يدركه المالك ، فوجه التصحيح فيه : أن الغاصب تطول مدته ، وتكثر تصرفاته . فى القضاء ببطلانها ضرر كثير . وربما عاد الضرر على المالك . انتهى .

وقال ماقاله الشارح ، والقاضى فى خلافه ، وابن عقيل . نقله عنهما فى الفائدة العشرين ، والمصنف فى المغنى .

وأطلق الرواية مرة كما هنا ، ومرة قال : ينبغى أن يقيد . كما قال الشارح . وقال : هو أشبه من الإطلاق .

قال الحارثى : وهذه الرواية لم أر من تقدم المصنف وأبا الخطاب فى إيرادها .

وقال أيضاً : وأما الصحة على الإطلاق : فلا أعلم به أيضاً ، سوى نصه على ملك المالك ، كربح المال المغصوب ، كما سنورده فى مسألة الربح .

وقال ـ عن كلام المصنف فى تقييد الرواية ـ : أما طول مدة الغصب ، وكثرة تصرفات الغاصب : فلا يطرد . بل كثير من المغصوب لايتصرف فيه بعقد أصلا ، وبتقدير الاطراد غالباً .

تنبيهان

أحدهما : بنى المصنف فى المغنى ، وجماعة : تصرف الغاصب ، على تصرف الفضولى . فأثبت فيه مافى تصرف الفضولى ، من رواية الانعقاد موقوفا على إجازة المالك .

قال الحارثى : ومن متأخرى الأصحاب : من جعل هذه التصرفات من نفس تصرفات الفضولى . قال : وليس بشىء .

ثم قال : ولا يصح إلحاقه بالفضولى . وفرق بينهما بفروق جيدة .

الثانى : هـذا الخلاف المحكى فى أصل المسألة من حيث الجملة . وقد قسمها المصنف قسمين : عبادات ، وعقود .

فأما العبادات : ففيها مسائل .

منها : الوضوء بماء مغصوب ، والوضوء من إناء مغصوب ، وغسل النجاسة بماء مغصوب ، وستر العورة بثوب مغصوب ، والصلاه فى موضع مغصوب .

وقد تقدم ذلك مستوفًى فى كتاب الطهارة ، والآنية ، و إزالة النجاسة ، وستر العورة ، واجتناب النجاسة .

ومنها : الحج بمال مغصوب ، كما قال المصنف . والصحيح من المذهب : أنه لايصح . نص عليه .

قال ابن أبى موسى : وهو الصحيح من المذهب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره

قال فى الخلاصة : باطل على الأصح .

قال الشارح : باطل على الأظهر .

قال ابن منجا فى شرحه : هذا المذهب .

قال فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير : يبطل فى كل عبادة على الأصح . وصححه الناظم ، وغيره . وقدمه الحارثى وغيره . وهو من مفردات المذهب .

وقيل عنه : يجزئه مع الكراهة . قاله ابن أبى موسى . واختاره ابن عقيل .

قال الحارثى : وهو أقوى .

قلت : وهو الصواب . فيجب بَدَل المال ديناً فى ذمته .

ومنها : الهدى المغصوب : لايجزئ . صرح به الأصحاب . نص عليه فى رواية على بن سعيد .

وعنه : الصحة موقوفة على إجازة المالك .

ونص الإمام أحمد رحمه الله على الفرق بين أن يعلم أنها لغيره : فلا يجزئه ، و بين أن يظن أنها لنفسه : فيجزئه فى رواية ابن القاسم ، وسندى .

وسوى كثير من الأصحاب بينهما فى حكاية الخلاف .

قال فى الفائدة العشرين : ولا يصح .

و إن كان الثمن مغصوباً : لم يجزه أيضاً . اشتراه بالعين أو فى الذمة . قاله الحارثى .

قلت : لو قيل بالإجزاء إذا اشتراه فى الذمة لكان متجهاً .

ومنها : لو أوقع الطواف أو السعى أو الوقوف على الدابة المغصوبة . ففى الصحة روايتا الصلاة فى البقعة المغصوبة . قاله الحارثى .

قلت : النفس تميل إلى صحة الوقوف على الدابة المغصوبة .

ومنها : أداء المال المغصوب فى الزكاة غير مجزىء .

قال الحارثى : ثم إن أبا الخطاب صرح بجريان الخلاف فى الزكاة . وتبعه المصنف فى المغنى وغيره من الأصحاب . كما انتظمه عموم إيراد الكتاب .

فإن أريد به ما ذكرنا من أداء المغصوب عن الغاصب — وهو الصحيح — فهذا شىء لا يقبل نزاعاً ألبتة . لما فيه من النص . فلا يتوهم خلافه .

و إن أريد به الأداء عن المالك ، بأن أخرج عنه من النصاب المغصوب — وهو بعيد جداً — فإن الواقع من التصرف للعبادة إنما يكون عن الغاصب نفسه . فلا

يقبل أيضاً . خلافاً لاتفاقنا على اعتبار نية المالك ، إلا أن يمتنع من الأداء . فيقهره الإمام على الأخذ منه . فيجزىء فى الظاهر . وليس هذا بواحد من الأمرين . فلا يجزىء بوجه .

ومنها : كل صدقة ـ من كفارة ، أو نذر ، أو غيرهما ـ كالزكاة سواء .

ومنها : عتق المغصوب . لا ينفذ بلا خلاف فى المذهب . ونص عليه . قاله الحارثى .

ومنها : الوقف . لا ينفذ فى المغصوب قولا واحداً .

لكن لو كان ثمن المعتق أو الموقوف مغصوباً . فإن اشترى بعين المال : لم ينفذ . وإن اشترى فى الذمة ، ثم نقده . فإن قيل بعدم إفادة المالك : لم ينفذ . وإن قيل بالإفادة : نفذ العتق والوقف . قاله الحارثى .

وأما العقود ـ من البيع ، والإجارة ، والنكاح ، ونحوها ـ : فالعقد باطل على الصحيح من المذهب . ونص عليه الأصحاب .

وتقدم حكاية الرواية بالصحة . والكلام عليها ، والرواية بالوقف على الإجازة .

تنبيه : قوله ﴿ وَتَصَرُّفَاتُ الغَاصِبِ الْحُكْمِيَّة ﴾ .

أى التى يحكم عليها بصحة أو فساد . احترازاً من غير الحكمية . كإتلاف المغصوب . كأكله الطعام ، أو إشعاله الشمع ، ونحوهما . وكلبسه الثوب ونحوه . فإن هذا لا يقال فيه صحيح ولا فاسد . والله أعلم .

قال ابن نصر الله فى حواشى الوجيز : وقوله « الحكمية » احتراز من التصرفات الصورية .

فالحكمية : ماله حكم من صحة وفساد ، كالبيع ، والهبة ، والوقف ، ونحوه .

والصورية : كطحن الحب ، ونسج الغزل ، ونجر الخشب ، نحوه . انتهى .

وهو كالذى قبله .

قوله ﴿ وَإِن اتَّجَرَ بِالدَّرَاهِمِ فَالرِّبْحُ لِمَالِكِهَا ﴾ .

يعنى إذا اتجر بعين المال ، أو بثمن الأعيان المغصوبة : فالمال وربحه لمالكها .
وهذا الصحيح من المذهب . ونص عليه . ونقله الجماعة . وعليه الأصحاب .
قال المصنف ، والشارح ، قال أصحابنا : الربح للمالك ، والسلع المشتراة له .
وجزم به فى الوجيز . وغيره وقدمه فى الفروع ، وغيره . وهو من مفردات المذهب

واحتج الإمام أحمد بخبر عروة بن الجعد رضى الله عنه .

ونقل حرب فى خبر عروة : إنما جاز ، لأنه عليه أفضل الصلاة والسلام جوزه له

وقيد جماعة ـ منهم : صاحب الفنون ، والترغيب ـ : الربح للمالك إن صح الشراء . وأطلق الأكثر .

وقال الحارثى : ويتخرج من القول ببطلان التصرف : رواية بعدم الملك للربح . وهو الأقوى . انتهى .

وعنه : يتصدق به .

وقيل : لا يصح بعينه . إن قلنا النقود تتعين بالتعيين .

قوله ﴿ وَإِن اشْتَرَى فِى ذِمَّتِهِ ثُمَّ نَقَدَهَا فَكَذَلِكَ ﴾ .

يعنى : الربح للمالك أيضاً .

واعلم أنه إذا اشترى فى الذمة ، أو باع سلماً ، ثم أقبض المغصوب وربح : فالعقد صحيح . على المذهب . والإقباض فاسد . بمعنى أنه غير مبرىء . وصحة العقد نص عليها فى رواية المروذى .

وحكى القاضى فى التعليق الكبير وجهاً : يكون العقد موقوفاً على إجازة المالك . إن أجازه صح ، وإلا بطل . قال : وهو أصح مايقال فى المسألة .

قال الحارثى : وهو مأخوذ من مثله فى مسألة الفضولى . قال : وهو مشكل . إذ كيف يقف تصرف الإنسان لنفسه على إجازة غيره . انتهى .

وأما الربح ، فقدم المصنف هنا : أنه للمالك . وهو الصحيح من المذهب .

قال الشارح : هذا المشهور فى المذهب .

قال الحارثى : هو ظاهر المذهب . وجزم به جماهير الأصحاب ، حتى أبو الخطاب فى رءوس المسائل . انتهى .

وجزم به فى الإرشاد وغيره . وقدمه فى الفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، والمستوعب ، وغيرهم . وهو من المفردات .

وقال فى المحرر ، والوجيز ، والمنور : إذا اشترى فى ذمته بنية نقدها : فالربح للمالك . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

وعنه : الربح للمشترى . وهو احتمال فى الشرح . وهو قياس قول الخرقى .

قال الحارثى : وهو الأقوى .

فعليها : يجوز له الوطء . ونقله المرذوى .

وعلى هذا : إن أراد التخلص من شبهة بيده : اشترى فى ذمته ، ثم نقدها . وقاله القاضى ، وابن عقيل . وذكره عن الإمام أحمد رحمه الله .

فوائد

الأولى : لو اتجر بالوديعة : فالربح للمالك . على الصحيح من المذهب . ونص عليه فى رواية الجماعة .

ونقل حنبل : ليس لواحد منهما ، ويتصدق به .

قال الحارثى : وهـذا من الإمام أحمد مقتضٍ لبطلان العقد . وذلك وفق المذهب المختار فى تصرف الغاصب . وهو أقوى . انتهى .

الثانية : لو قارض بالمغصوب ، أو الوديعة : فالربح على ما تقدم . ولا شىء للعامل على المالك . وإن علم : فلا شىء له على الغاصب أيضاً . وإلا فله عليه أجرة المثل .

الثالثة : إجارة الغاصب للمغصوب . وهو كالبيع ، كما تقدم . وهو داخل فى كلام المصنف . والأجرة للمالك . نص عليه .

وظاهر كلام الإمام أحمد : أن المسمى هو الواجب للمالك . قاله الحارثى .

وقال المصنف ، وغيره : إن الواجب أجرة المثل .

قال الحارثى : وهوأقوى .

الرابعة : لو أنكح الأمة المغصوبة ، فنى البطلان والصحة : ماقاله المصنف فى المتن .

قال الحارثى ، والتصحيح : لا أصل له . فإنه مقتضٍ لنفى اشتراط الولى فى النكاح . وهو خلاف المذهب .

لكن قد يقرب إجراؤه مجرى الفضولى . فتأتى رواية الانعقاد مع الإجازة .

الخامسة : لو وهب المغصوب : ففيه الخلاف السابق . والصحيح من المذهب : البطلان ، على ماتقدم .

السادسة : تذكية الغاصب الحيوانَ المأكول ، وفى إفادتها لحل الأكل : روايتان .

إحداهما : هو ميتة . لايحل أكله مطلقاً . جزم به أبو بكر فى التنبيه .

والرواية الثانية : يحل . قال الحارثى : وهو قول الأكثرين . انتهى .

وهذا المذهب . وهو قول غير أبى بكر من الأصحاب . قاله فى القاعدة الثانية بعد المائة .

وقد نبه عليه المصنف قبل ذلك فيما إذا ذبح الشاة وشواها .

ويأتى نظير ذلك فى ذبح السارق الحيوان المسروق ، فى باب القطع فى السرقة .

ومن جملة المسائل المتعلقة بذلك : التذكية بالآلة المغصوبة . وكذلك التزوج بمال مغصوب . وفى كل منهما خلاف يأتى .

قوله ﴿ وَإِنِ اخْتَلَفَا فِي قِيمَةِ المَغْصُوبِ ، أَوْ قَدْرِهِ ، أَوْ صِنَاعَةٍ فِيه . فَالقَوْلُ قَوْلُ الغَاصِبِ ﴾ .

لا أعلم فيه خلافا .

فائدة : لو اختلفا فى تلف المغصوب . فالقول قول الغاصب فى تلفه . على الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع : قبل قول الغاصب فى الأصح . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، وغيرهما . وقدمه الحارثى .

وقيل : القول قول المالك . اختاره الحارثى . وهما احتمالان مطلقان فى التلخيص

فعلى المذهب : للمغصوب منه أن يطالب الغاصب ببدله . على الصحيح من المذهب . وقدمه فى الشرح ، والتلخيص ، والفروع . وصححه الحارثى . واختاره المصنف .

وقيل : ليس له مطالبته ، لأنه لايدعيه .

قوله ﴿ وَإِنِ اخْتَلَفَا فِي رَدِّهِ ، أَوْ عَيْبٍ : فَالقَوْلُ قَوْلُ المَالِكِ ﴾ .

بلا نزاع أعلمه . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والحارثى ، والوجيز ، والفائق ، وغيرهم .

لكن لو شاهدت البينة العبد معيباً عند الغاصب ، فقال المالك : حدث عندالغاصب ، وقال الغاصب : بل كان فيه قبل غصبه : فالقول قول الغاصب . على الصحيح من المذهب . جزم به فى المغنى ، وغيره . وقدمه فى شرح الحارثى ، والشرح .

وقال : ويتخرج أن القول قول المالك ، كما لو تبايعا واختلفا فى عيب : هل كان عند البائع ، أو حدث عند المشترى ؟ فإن فيه رواية : أن القول قول البائع . كذلك هذا . إذ الأصل السلامة ، وتأخر الحدوث عن وقت الغصب . انتهى .

قلت : هذه الرواية اختارها جماعة من الأصحاب هناك ، على ماتقدم فى الخيار فى العيب .

قوله ﴿ وَإِنْ بَقِيَتْ فِي يَدِهِ غُصُوبٌ لاَ يَعْرِفُ أَرْبَابَهَا : تَصَدَّقَ بِهَا عَنْهُمْ ، بِشَرْطِ الضَّمَانِ ، كَاللُّقَطَةِ ﴾ .

إذا بقى فى يده غصوب لايعرف أصحابها ، فسلمها إلى الحاكم : برىء من عهدتها ، بلا نزاع . ويجوز له التصدق بها عنهم بشرط ضمانها . ويسقط عنه إثم الغصب . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم .

قال فى القاعدة السابعة والتسعين : لم يذكر أصحابنا فيه خلافا .

وقال فى القاعدة السادسة بعد المائة : ويتصدق بها عنه . على الصحيح . وقدمه فى الفروع ، والفائق ، وغيرهما .

نقل المروذى : يعجبنى الصدقة بها .

وقال فى الغنية : عليه ذلك .

ونقل أيضاً : على فقراء مكانه إن عرفه .

ونقل صالح : أو بقيمته .

وله شراء عرض بنقد ويتصدق به . ولا تجوز محاباة قريب وغيره . نص عليهما .

وظاهر نقل حرب فى الثانية : الكراهة .

قال فى الفروع : وهو ظاهر كلامهم فى غير موضع . انتهى .

وعنه : ليس له الصدقة بها . ذكرها القاضى فى كتاب الروايتين . وهو تخريج فى الشرح ، والفائق .

فائدتان

إحداهما : قال الحارثى وغيره : وكذا الرهون ، والودائع ، وسائر الأمانات .

كالأموال المحرمة فيما ذكرنا . وذكر نصوصاً فى ذلك .

وتقدم حكم المرهون فى آخر الرهن .

ويأتى قريباً من ذلك فى باب أدب القاضى ، عند حكم الهدية ، والرشوة .

وتأتى مسألة الوديعة فى بابها . وهل يلزم الحاكم الأخذ أم لا ؟

الثانية : لا يجوز لمن هذه الأشياء فى يده ــ وقلنا : له الصدقة بها ــ أن يأخذ منها لنفسه إذا كان من أهل الصدقة . نص عليه .

وخرج القاضى : جواز الأكل منها إذا كان فقيراً ، على الروايتين فى شراء الوصى من نفسه . نقله عنه ابن عقيل فى فنونه . وأفتى به الشيخ تقى الدين رحمه الله فى الغاصب إذا تاب .

تنبيه : ظاهر قوله « لا يعرف أربابها » أنه لا يتصدق بها إلا مع عدم معرفة أربابها ، سواء كان قليلاً أو كثيراً . وهو المذهب . وقدمه فى الفروع .

ونقل الأثرم وغيره : له الصدقة بها إذا علم ربها وشق دفعه إليه ، وهو يسير ، كحبة .

وقطع به فى القاعدة السابعة والتسعين ، فقال : له الصدقة به عنه . نص عليه فى مواضع .

وقال الحارثى : إذا علم الغاصب المالك : فهنا حالتان .

إحداهما : انقطاع خبره لغيبة : إما ظاهرها السلامة ــ كالتجارة ، والسياحة . ومضت مدة الإياس ، ولا وارث له ــ : تصدق بها كما لو جهل . نص عليه . وإما ظاهرها الهلاك ــ كالمفقود من بين أهله ، أو فى مهلكة ، أو بين الصفين ونحوه . وكذلك أربع سنين ، وأربعة أشهر وعشر ، ولا وارث له ــ تصدق به أيضاً . نص عليه . وإن كان له وارث : سلم إليه .

وأنكر أبو بكر : الزيادة على الأربع سنين ، وقال : لا معنى للأربعة أشهر فى ذلك .

قال القاضي ، وغيره : أصل المسألة : هل يقسم مال المفقود للمدة التي تباح زوجته فيها ، أو لأربع سنين فقط ؟ على روايتين .

وإن لم تمض المدة المعتبرة : ففي المال المحرم يتعين التسليم إلى الحاكم من غير انتظار .

وأما ما اؤتمن عليه ـ كالوديعة ، والرهن ـ : فليس عليه الدفع إليه .

الحالة الثانية : أن يعلم وجوده . فإن كان غائباً : سلم إلى وكيله ، وإلا فإلى الحاكم . وإن كان حاضراً فإليه أو إلى وكيله .

وإن علم موته : فإلى ورثته . فإن لم يكن له ورثة : تصدق به . نص عليه . ولا يكون لبيت المال فيه شيء .

ويأتي : إذا كسب مالا حراماً برضى الدافع ونحوه ، في باب أدب القاضي ، عند الكلام على الهدية للحاكم .

تنبيه : قول المصنف « كاللقطة » قال الحارثي : الأليق فيه التشبيه بأصل الضمان . لا في مضمون الصدقة والضمان . فإن المذهب في « اللقطة » التملك لا التصدق . انتهى .

قلت : بل الصحيح من المذهب : جواز التصدق باللقطة التي لا تملك بالتعريف على ما يأتي من كلام المصنف في اللقطة .

قال الشارح هنا : وعنه في اللقطة لا تجوز الصدقة بها . فيتخرج هنا مثله .

فوائد

إحداها : قال في الفروع : لم يذكر الأصحاب في ذلك سوى الصدقة بها .

ونقل إبراهيم بن هانيء : يتصدق بها ، أو يشتري بها كراعاً ، أو سلاحاً يوقف . هو مصلحة للمسلمين . انتهى .

قلت : قد ذكر ذلك الحارثي . وقال عن ذلك : ينزل منزلة الصدقة . انتهى .

قال فى الفروع : وسأله جعفر عمن مات ، وكان يدخل فى أمور تكره ، فيريد بعض ولده التنزه ؟ فقال : إذا دفعها إلى المساكين ، فأى شىء بقى عليه ؟ واستحسن أن يوقفها على المساكين . ويتوجه على أفضل البر .

قال الشيخ تقى الدين ، رحمه الله : تصرف فى المصالح . وقاله فى وديعة وغيرها . وقال : قاله العلماء . وأنه مذهبنا . ومذهب أبى حنيفة ، ومالك . وهذا مراد أصحابنا . لأن الكل صدقة .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : من تصرف فيه بولاية شرعية لم يضمن . وقال : ليس لصاحبه إذا عرف ردُّ المعاوضة ، لثبوت الولاية عليها شرعاً للحاجة . كمن مات ولا ولىّ له ، ولا حاكم .

مع أنه ذكر أن مذهب الإمام أحمد رحمه الله : وقف العقد للحاجة لفقد المالك ، ولغير حاجة الروايتان .

وقال — فيمن اشترى مال مسلم من التتر لما دخلوا الشام — : إن لم يعرف صاحبه صرف فى المصالح ، وأعطى مشتريه مااشتراه به . لأنه لم يصِرْ لها إلا بنفقته و إن لم يقصد ذلك . كما رجحه فيمن اتجر بمال غيره وربح .

ونص فى وديعة : تُنْتَظَر ، كمال مفقود . وأن جائزة الإمام أحب إليه من الصدقة .

قال القاضى : إن لم يعرف أن عينه مغصوب : فله قبوله .

وسوى ابن عقيل وغيره بين وديعة وغصب . ذكرهما الحلوانى كرهن .

الثانية : إذا تصدق بالمال ، ثم حضر المالك : خير بين الأجر و بين الأخذ من المتصدق . فإن اختار الأجر : فذاك . و إن اختار الأخذ : فله ذلك . والأجر للغارم . نص عليه فى الرهن . قاله الحارثى .

الثالثة : إذا لم يبق درهم مباح . فقال فى النوادر : يأكل عادته . لاما له عنه غنية . كحلواء وفاكهة .

قوله ﴿ وَمَنْ أَتْلَفَ مَالاً مُحْتَرَمًا لِغَيْرِهِ : ضَمِنَهُ ﴾ .

سواء كان عمداً أو سهواً .

ومفهومه : أن غير المحترم لا يضمنه ، كمال الحربى والصائل ، والعبد فى حال قطعه الطريق ونحوه . وهو كذلك .

تنبيه : يستثنى من قوله « ومن أتلف مالا محترماً ضمنه » الحربى إذا أتلف مال المسلم . فإنه لا يضمنه .

فوائد

منها : قال فى الفائق ، قلت : ولو أتلف لغيره وثيقة بمال ـ لايثبت ذلك المال إلا بها ـ ففى إلزامه ماتضمنته احتمالان .

إحداهما : يلزمه . كقول المالكية . انتهى .

قلت : وهذا الصواب .

وقال فى الفروع ، فى باب القطع فى السرقة : وإن سرق فَرْدَ خُف ، قيمة كل واحد منهما منفرداً درهمان ، ومعاً عشرة : ضمن ثمانية قيمة المتلف خمسة ونقص التفرقة ثلاثة .

وقيل : درهمين . ولا قطع .

قال : وضمان مافى وثيقة أتلفها إن تعذر : يتوجه تخريجه عليها . انتهى .

وقال ابن نصر الله فى حواشى الفروع : وقد يخرج الضمان للوثيقة من مسألة الكفالة . فإنها تقتضى إحضار المكفول ، أو ضمان ماعليه . وهنا : إما أن يحضر الوثيقة ، أو يضمن مافيها إن تعذرت .

ومنها : لو أكره على إتلاف مال الغير ، فقيل : يضمنه مكرهه . قطع به القاضى فى كتابه « الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر » وابن عقيل فى عمد الأدلة قاله فى القواعد

وقيل : هو كمضطر .

قال فى التلخيص : يجب الضمان عليهما . واقتصر عليه الحارثى . وهو احتمال للقاضى فى بعض تعاليقه . وأطلقهما فى الفروع ، والقواعد .

وقال فى الرعاية : وإن أكره على إتلافه ضمنه . يعنى المباشر . وقطع به . انتهى .

فإذا ضمن المباشر . إن كان جاهلا : رجع على مكرهه . على الصحيح من المذهب . جزم به فى الرعاية . وصححه فى الفروع . وقيل : لا يرجع .

وإن كان عالماً : لم يرجع . على الصحيح من المذهب .

وقيل : يرجع . لإباحة إتلافه ووجوبه . بخلاف الإكراه على القتل ولم يختره ، بخلاف مضطر .

وهل لمالكه مطالبة مكرهه إذا كان المكره ـ بفتح الراء ـ عالما ، وقلنا : له الرجوع عليه ؟ فيه وجهان .

وقال فى الرعايتين : يحتمل وجهين . وأطلقهما فى الفروع .

قلت : له مطالبته .

فإن قلنا : له مطالبته وطالبه . رجع على المتلف ، إن لم يرجع عليه .

وقيل : الضمان بينهما .

ومنها : لو أذن رب المال فى إتلافه ، فأتلفه : لم يضمن المتلف مطلقاً . على الصحيح من المذهب .

وقال ابن عقيل : إن عين الوجه المأذون فيه ـ مع غرض صحيح ـ لم يضمن .

وقال فى الفنون : لو أذن فى قتل عبده ، فقتله : لزمه كفارة لله وأثم . ولو أذن فى إتلاف ماله : سقط الضمان والمأثم ، ولا كفارة .

وقال ـ بعد ذلك ـ : يمنع من تضييع الحب والبذر فى الأرض السبخة بما يقتضى أنه محل وفاق .

قال فى الفروع : وسبق أنه يحرم ــ فى الأشهر ــ دفن شىء مع الكفن .

قوله ﴿ وَإِنْ فَتَحَ قَفَصًا عَنْ طَائِرٍ ، أَوْ حَلَّ قَيْدَ عَبْدٍ ، أَوْ رِبَاطَ فَرَسٍ : ضَمِنَهُ ﴾

هذا المذهب مطلقاً . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى المغنى ، والشرح والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

قال فى التلخيص ، قال أصحابنا : يلزمه الضمان فى جميع ذلك . سواء تعقب ذلك فعله ، أو تراخى عنه .

قال فى القواعد : ذكره القاضى ، والأكثرون .

قال الحارثى : لايختلف فيه المذهب .

وقال فى الفنون : إن كان الطائر متأنفاً : لم يضمنه .

وقال أيضاً : الصحيح التفرقة بين مايحال الضمان على فعله كالآدمى . و بين مالا يحال عليه الضمان كالحيوانات والجمادات . فإذا حل قيد العبد : لم يضمن .

وقيل : لايضمن إلا إذا ذهبوا عقب الفتح والحل .

فعلى المذهب : يضمنه ، سواء ذهب عقب فعله أو متراخياً عنه . وسواء هيج الطائر والدابة حتى ذهبا أو لم يهيجهما . قاله الأصحاب .

فوائد

إحداها : لو بقى الطير والفرس بحالهما ، حتى نفرهما آخر : ضمنهما المنفر . جزم به فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، والرعاية ، وغيرهم .

الثانية : لو دفع مبرداً إلى عبد فبرد به قيده ، فهل يضمنه أم لا ؟

حكى فى الفصول ، والتلخيص ، والرعاية : فيه احتمالين . وحكاهما فى الفروع وجهين . وأطلقوها .

قلت : الصواب الضمان . وهو ظاهر ماقدمه الحارثى .

ولو دفع مفتاحاً إلى لص : لم يضمن .

الثالثة : لو حل قيد أسير : ضمن . كحل قيد العبد . وكذا لو فتح الاصطبل فضاعت الدابة . وكذا لو حل رباط سفينة فغرقت ، وسواء كان لعصوف ريح أو لا . على الصحيح من المذهب .

وعلى قول القاضي : لا يضمن العصوف .

الرابعة : قال الشيخ تقي الدين : لو غرم بسبب كذب عليه ، عند ولي الأمر : رجع على الكاذب .

قلت : وهو الصحيح . وتقدم ذلك وغيره في باب الحجر .

الخامسة : لو كانت الدابة المحمولة عقوراً وجنت : ضمن جنايتها . ذكره ابن عقيل ، وغيره . واقتصر عليه في شرح الحارثي . كما لو حل سلسلة فهدٍ ، أو ساجور كلب : فعقر .

وإن أفسدت زرع إنسان فكإفساد دابة نفسه . على ما يأتي .

السادسة : لو وثبت هرة على الطائر بعد الفتح : ضمنه . وقد تضمنه كلام المصنف .

وكذا لو كسر الطائر في خروجه قارورة : ضمنها .

قوله ﴿ أَوْ حَلَّ وِكَاءَ زِقٍّ مَائِعٍ أَوْ جَامِدٍ ، فَأَذَابَتْهُ الشَّمْسُ ، أَوْ بَقِيَ بَعْدَ حَلِّهِ قَاعِدًا ، فَأَلْقَتْهُ الرِّيحُ ، فَانْدَفَقَ : ضَمِنَهُ ﴾ .

إذا حل وكاء زق مائع فاندفق : ضمنه . بلا نزاع أعلمه .

وإن كان منتصباً فسقط بريح ، أو زلزلة أو طائر : ضمن . على الصحيح من المذهب . وقدمه في المغني ، والشرح ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والحارثي . ونصره .

وقال القاضي : لايضمن ما ألقته الريح . وكذا قال أبو الخطاب ، وغيره .

وقال الحارثي : وعن القاضي ، وابن عقيل : لايضمن . وقدمه في التلخيص .

وإن ذاب بالشمس واندفق : ضمن . على الصحيح من المذهب .

قال الحارثي : وافق على ذلك القاضي ، وصاحب التلخيص . وقدمه في المغني ، والكافي ، وغيرهما .

وقال في الفائق ، قال القاضي : لايضمن ، فلعل له قولان .

وقال ابن عقيل : عندي لا فرق بين حر الشمس وهبوب الريح . فإما أن يسقط الضمان في الموضعين ، أو يجب فيهما . واختار أنه لا ضمان هنا أيضاً .

وقال في الفروع : وإن حلّ وِعاء فيه دهن جامد ، فذهب بريح ألقته ، أو شمس : فوجهان .

قوله ﴿ وَإِنْ رَبَطَ دَابَّةً فِي طَرِيقٍ فَأَتْلَفَتْ ﴾ .

ضمن . شمل مسألتين .

إحداهما : أن يكون الطريق ضيقاً ، فيضمن ما أتلفت . جزم به في المغني ، والشرح ، وشرح الحارثي ، والفروع ، والزركشي ، وغيرهم . وقاله ابن عقيل ، وابن البنا . ولو كان ما أتلفته بنفح رجلها . نص عليه .

ومن ضربها فرفسته فمات : ضمنه . ذكره في الفنون .

والمسألة الثانية : أن تكون الطريق واسعة . فظاهر ماقطع به المصنف هنا : أنه يضمن . قال الحارثي : وكذا أورده ابن أبي موسى ، وأبو الخطاب ، مطلقاً . ونص عليه الإمام أحمد رحمه الله . انتهى .

قلت : وهو ظاهر ماجزم به في المذهب ، والخلاصة ، لإطلاقهم الضمان . وقدمه في القاعدة الثامنة والثمانين . وقال : هـذا المنصوص . وذكر النصوص في ذلك .

والرواية الثانية : لايضمن إذا لم تسكن فى يده . ذكرها القاضى فى المجرد . وهو ظاهر ماجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

وأطلقهما فى المستوعب ، والمغنى ، والشرح ، والفائق ، والفروع ، والقواعد الأصولية ، والزركشى .

وقال القاضى فى كتاب الروايتين ، وغيره : وظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله : أنه لايضمن إذا كان واقفاً لحاجة ، والطريق واسع .

قال الحارثى : وهو الأقوى نظراً .

فائدة : لو ترك طيناً فى طريق ، فزلق فيه إنسان ، أو خشبة ، أو عموداً ، أو حجراً ، أو كيس دراهم . نص عليه ، أو أسند خشبة إلى حائط ، فتلف به شىء : ضمنه . جزم به فى الفروع ، وغيره .

ويأتى فى أول كتاب الديات : إذا صب ماء فى طريق ، أو بالت فيها دابة ، أو رمى قشر بطيخ . فتلف به إنسان ، فى كلام المصنف .

قوله ﴿ أَوِ اقْتَنَى كَلْبًا عَقُورًا فَعَقَرَ ، أَوْ خَرَقَ ثَوْبًا ، إلاَّ أَنْ يَكُونَ دَخَلَ مَنْزِلَهُ بِغَيْرِ إذْنِهِ ﴾ .

إذا دخل بيته بإذنه فعقره ، أو خرق ثوبه ، أو فعل ذلك خارج البيت : ضمن . على الصحيح من المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب .

قال الحارثى : يضمن بغير خلاف فى المذهب . إذا فعل ذلك خارج المنزل .

وقال : إذا دخل بإذنه : ينبغى تقييده بما إذا لم ينبهه على الكلب ، وعلى كونه غير موثق . أما إن نبه : فلا ضمان .

قال فى الرعاية : إن عقر خارج الدار : ضمن ، إن لم يكفه ربه ، أو يحذر منه . انتهى .

وعنه : لا يضمن . اختاره الشريف أبو جعفر .

و إن دخل بيته بغير إذنه ، ففعل ذلك به : لم يضمن . على الصحيح من المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب .

وعنه : يضمن أيضاً . اختاره القاضى فى الجامع .

ونقل حنبل : إذا كان الـكلب موثقاً : لم يضمن ماعقر .

قوله ﴿ وَقِيلَ : فِى الكَلْبِ العَقُورِ رِوَايَتَانِ فِى الْجُمْلَةِ ﴾

يعنى : روايتين مطلقتين ، سواء دخل بإذن أو لا . وسواء كان فى منزل صاحبه ، أو خارجا عنه . ذكره الشارح .

قال الحارثى : أورد المصنف ــ فى كتابيه ــ وابن أبى موسى ، والقاضى فى المجرد ، وصاحب المحرر : ذلك من غير خلاف فى شىء من ذلك .

وحكى القاضى فى الجامع الصغير فى الضمان مطلقا من غير تقييد بإذن : روايتين . وهو ماحكى أبو الخطاب فى كتابيه عن القاضى . وأورده المصنف هنا .

وجرى على حكاية هذا الخلاف جماعه من أئمة المذهب : الشريف أبو جعفر ، وأبو الخطاب ، وأبو الحسن بن بكروس فى كتبهم الخلافية .

واختلفوا . فمنهم من صحح الضمان ، وهو القاضى فى الجامع . ومنهم من عكس ، وهو قول الشريف . والظاهر من كلام أبى الخطاب ، وابن بكروس . وقال : وقول المصنف « وقيل : فى الـكلب روايتان » .

قال شيخنا ابن أبى عمر فى شرحه : سواء كان فى منزل صاحبه ، أو خارجا ، وسواء دخل بإذن صاحب المنزل أو لا .

قال : وليس كذلك . فإن كلام أبى الخطاب ــ الذى أخذ منه المصنف ذلك ــ إنما هو وارد فى حالة الدخول . والإجمال فيه عائد على الإذن وعدمه .

وكذلك أورد السامرى فى كتابه . فقال : إن اقتنى فى منزله كلباً عقوراً ، فعقر فيه إنساناً ، إن كان دخل بغـير إذنه : فلا ضمان . و إن كان بإذنه : فعليه الضمان .

قال : وخرجها القاضى على روايتين : الضمان ، وعدمه . فإن عقر خارج المنزل : ضمن . ذكرها ابن أبى موسى . انتهى .

قال الحارثى : فخصص الخلاف بحالة العقر داخل المنزل دون خارجه . وهو الصحيح . انتهى . وهذا قطع به ابن منجا فى شرحه .

فوائد

الأولى : إفساد الكلب بما عدا العقر ــ كبوله وولوغه فى إناء الغير ــ لايوجب ضماناً . ذكره المصنف ، وغيره . واقتصر عليه الحارثى .

وكذلك لايضمن ما أتلفه غير العقور ليلاً ونهاراً . قاله المصنف . وغيره .

وهو ظاهر كلام الأصحاب ، لتقييدهم الكلب بالعقور .

قال الحارثى : وكلام المصنف محمول على مايباح اقتناؤه . وأما مايحرم ــ كالكلب الأسود ــ فيجب الضمان به . لأنه فى معنى العقور فى منع الاقتناء واستحقاق القتل . وكذلك ماعدا كلب الصيد والحرث والماشية . لأنه فى معنى ماتقدم . فيحصل العدوان بإمساكه . انتهى .

الثانية : لو اقتنى أسداً أو نمراً أو ذئباً ، ونحو ذلك من السباع المتوحشة : فكالكلب العقور فيما تقدم . لأنه فى معناه وأولى . لعدم المنفعة .

الثالثة : لو اقتنى هرة تأكل الطيور ، وتقلب القدور فى العادة : فعليه ضمان ماتتلفه ليلاً ونهاراً ، كالكلب . جزم به فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والفائق وقالوا ــ إلا صاحب الفروع ــ قاله القاضى .

قال الحارثى : ذكره أصحابنا .

فإن لم يكن من عادتها ذلك : فلا ضمان . قاله الأصحاب .

ولو حصل عنده كلب عقور ، أو سنور ضار من غير اقتناء واختيار ، وأفسد : لم يضمن .

الرابعة : يجوز قتل الهر بأكل لحم ونحوه . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع .

وقال فى الفصول : له قتلها حين أكلها فقط . واقتصر عليه الحارثى . ونصره .

وقال فى الترغيب : له قتلها إذا لم تندفع إلا به ، كالصائل .

قوله ﴿ وَإِنْ أَجَّجَ نَارًا فِي مِلْكِهِ ، أَوْ سَقَى أَرْضَهُ فَتَعَدَّى إِلَى مِلْكِ غَيْرِهِ فَأَتْلَفَهُ : ضَمِنَهُ إِذَا كَانَ قَدْ أَسْرَفَ فِيهِ ، أَوْ فَرَّطَ ، وَإِلاَّ فَلاَ ﴾

هذا المذهب ، وعليه الأصحاب .

قال فى الفروع ، والمراد : لا بطريان ريح . ولهذا قال فى عيون المسائل : لو أججها على سطح دار . فهبت الريح ، فأطارت الشرر : لم يضمن . لأنه فى ملكه ولم يفرط . وهبوب الريح ليس من فعله . بخلاف ما لو أوقف دابته فى طريق فبالت ، أو رمى فيها قشر بطيخ . لأنه فى غير ملكه . فهو مفرط .

قال فى الفروع : وظاهره لا يضمن فى الأولى مطلقاً . انتهى .

وقال فى الرعاية — بعد ذكر المسألة — قلت : وإن كان المكان مغصوباً : ضمن مطلقاً ، يعنى : سواء فرط وأسرف أو لا . إن لم يكن للسطح سترة وبِقُرْبِهِ زرع ونحوه ، والريح هابة ، أو أرسل فى الماء مايغلب ويفيض : ضمن .

وقيل : من أجج ناراً فى ملك بيده له ، أو لغيره بإيجار أو إعارة ، وأسرف : ضمن ، وإلا فلا . وإن منع من ذلك لأذى جاره : ضمن . وإن لم يسرف . انتهى

فائدة : قال الحارثى قوله « أَسْرَفَ فِيه أَوْ فَرَّطَ » يغنى الاقتصار على لفظ « التفريط » لدخول « الإسراف » فيه انتهى .

قلت ، الذى يظهر : أن الأمر ليس كذلك ، وأن كل واحد منهما ينفك عن الآخر . لأن « الإسراف » مجاوزة الحد عمداً عدواناً . وأما « التفريط » فهو التقصير فى المأمور .

ولذلك قال بعض المحققين : فرط أو أفرط .

قوله ﴿ وَإِنْ حَفَرَ فِي فِنَائِهِ بِئْرًا لِنَفْسِهِ : ضَمِنَ مَا تَلِفَ بِهَا ﴾ .

هذا المذهب . بلا ريب . نص عليه . وعليه الأصحاب .

وجوز بعض الأصحاب حفر بئر لنفسه فى فنائه بإذن الإمام . ذكره القاضى .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : نقلته من خطه فى مسألة حدثت فى زمنه .

قال فى القاعدة الثامنة والثمانين : وفى الأحكام السلطانية : له التصرف فى فنائه بما شاء من حفر وغيره إذا لم يضر .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : ومن لم يسد بئره سداً يمنع من الضرر : ضمن ماتلف بها .

ويأتى ذلك أيضاً فى أول كتاب الديات .

فائدة : لو حفر الحر بئراً بأجرة أولا ، وثبت علمه أنها فى ملك غيره — نص عليه — ضمن الحافر . قاله القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف ، وغيرهم من الأصحاب . وقدمه فى الفروع . وقال : ونصه هما .

وقدمه الحارثى ، وقال : هو مقتضى إيراد ابن أبى موسى — يعنى : أنهما ضامنان — وإن جهل ضمن الآمر .

وقيل : الحافر . ويرجع على الآمر .

قوله ﴿ وَإِنْ حَفَرَهَا فِي سَابِلَةٍ لِنَفْعِ الْمُسْلِمِينَ : لَمْ يَضْمَنْ فِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ ﴾ .

يعنى : إذا لم يكن فيه ضرر . وهذا المذهب بهذا الشرط .

قال فى الوجيز ، وغيره : إن كانت السابلة واسعة . وهو قيد حسن ، كما يأتى . جزم به ابن أبى موسى ، والقاضى فى الجامع الصغير ، وأبو الفرج الشيرازى ، وغيرهم .

قال فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة : لم يضمن فى أصح الروايتين . وصححه

المصنف ، والشارح أيضاً ، والناظم . وقدمه فى الفروع ، والفائق ، والرعايتين . والحاوى الصغير ، والمحرر .

وعنه : يضمن . ولم يذكر القاضى غير هذه الرواية .

قال الحارثى : وهذا له قوة . و إن كان المصنف وأبو الخطاب صححا غيره .

وعنه : لايضمن إن كان بإذن الإمام ، و إلا ضمن .

قال المصنف ، والشارح : قال بعض أصحابنا : لايضمن إذا كان بإذن الإمام.

قال الحارثى : وهذه طريقة القاضى فى المجرد ، وكتاب الروايتين ، وابن عقيل والسامرى ، وصاحب التلخيص ، وغيرهم . انتهى .

وهى طريقة صاحب المحرر أيضاً .

وقال بعض الأصحاب : ينبغى أن يتقيد سقوط الضمان عنه فيما إذا حفرها فى موضع مائل عن القارعة ، بشرط أن يجعل عليه حاجزاً يعلم به ، ليتُوقَّى

تنبيهان

أحدهما : محل الخلاف : إذا كانت السابلة واسعة . فإن كانت ضيقة : ضمن بلا نزاع .

قال الحارثى : لو حفر فى سابلة ضيقة : وجب الضمان . لأنه لايختلف المذهب فيه . وليس بداخل فيما أورده المصنف من الخلاف . و إن كان ظاهرا لايراد يشمله

ومحل الخلاف أيضاً : إذا حفر فى غير مكان يضر بالمارة .

فأما إن حفر فى طريق واسع فى مكان منه يضر بالمارة : فهو كما لوكان الطريق نفسه ضيقاً .

ولافرق بين كونه لمصلحة عامة ، أو خاصة ، بإذن الإمام أو غيره .

الثانى : مفهوم قوله « لنفع المسلمين » أنه لو حفر لنفع نفسه : أنه يضمن . وهو كذلك ، أذن فيه الإمام أو لم يأذن .

فائدتان

إحداهما : لو حفرها فى موات للتملك ، أو الارتفاق بها ، أو الانتفاع العام : فلا ضمان عليه . وقطع به الحارثى ، والمصنف ، والشارح ، وغيرهم . ذكراه فى كتاب الديات .

الثانية : حكم ما لو بنى فيها مسجداً أو غيره لنفع المسلمين ـ كالخان ونحوه ـ نقل إسماعيل بن سعيد فى المسجد : لا بأس به إذا لم يضر بالطريق .

ونقل عبد الله : أكره الصلاة فيه . إلا أن يكون بإذن إمام .

ونقل المروذى : حكم هذه المساجد التى بنيت فى الطريق : تهدم .

وسأله محمد بن يحيى الكحال : يزيد فى المسجد من الطريق ؟ قال : لا يصلى فيه .

ونقل حنبل : أنه سئل عن المساجد على الأنهار ؟ قال : أخشى أن يكون من الطريق .

وسأله ابن إبراهيم عن ساباط فوقه مسجد ، أيصلى فيه ؟ قال : لا يصلى فيه إذا كان من الطريق .

قال فى القواعد : الأكثر من الأصحاب قالوا : إن كان بإذن الإمام جاز . وإلا فروايتان ، ما لم يضر بالمارة .

ومنهم من أطلق الروايتين .

قال المصنف ، والشارح : ويحتمل أن يعتبر إذن الإمام فى البناء لنفع المسلمين دون الحفر ، لدعوى الحاجة إلى الحفر لنفع الطريق وإصلاحها ، وإزالة الطين والماء منها . فهو كتنقيتها ، وحفر هدفه فيها ، وقلع حجر يضر بالمارة ، ووضع الحصا فى حفرة ليملأها ، وتسقيف ساقية فيها ، ووضع حجر فى طين فيها ليطأ الناس عليه . فهذا كله مباح . لا يضمن ماتلف به . لا نعلم فيه خلافاً .

قالا : وكذلك ينبغى أن يكون فى بناء القناطر . ويحتمل أن يعتبر إذن الإمام فيها . لأن مصلحته لا تعم . انتهى كلامهما .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : حكم مابنى وقفاً على المسجد فى هـذه الأمكنة : حكم بناء المسجد .

فائدتان

إحداهما : لو فعل العبد ذلك بأمر سيده : كان كفعل نفسه ، أعتقه أولا ؟.

قاله المصنف ، والشارح ، وصاحب الفروع ، وغيرهم من الأصحاب .

وقال الحارثى : إن كان ممن يجهل الحال : فلا إشكال فيما أطلق الأصحاب .

وإن كان ممن يعلمه : ففيه مافى مسألة القتل بأمر السيد ، إن علم الحرمة . وفيها روايتان .

إحداهما : القود على السيد فقط ، والأخرى : على العبد .

فيتعلق الضمان هنا برقبته . كما لو لم يأمر السيد .

وإن حفر بغير أمر السيد : تعلق الضمان برقبته .

ثم إن أعتقه . فما تلف بعد عتقه : فعليه ضمانه . قاله المصنف ، والشارح ، وغيرهما .

قال الحارثى : وهو الأصح .

وقال صاحب التلخيص وغيره : الضمان على المعتق بقدر قيمة العبد ، فما دونه .

الثانية : لو أمره السلطان بفعل ذلك : ضمن السلطان وحده .

قوله ﴿ وَإِنْ بَسَطَ فِي مَسْجِدٍ حَصِيرًا ، أَوْ عَلَّقَ فِيهِ قِنْدِيلاً : لَمْ يَضْمَنْ مَاتَلِفَ بِهِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

قال فى الفروع : اختاره الأكثر .

قال الحارثي : هذا ماحكى المصنف ، والقاضي في الجامع الصغير ، وأبوالخطاب ، والشريفان ـ أبو جعفر ، وأبو القاسم الزيدى ـ والسامرى ـ فى آخرين ـ عن المذهب . انتهى .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفائق ، وغيره .

وقيل : يضمن . قدمه فى الفروع . وهو تخريج لأبى الخطاب فى الهداية من التى قبلها . وهى حفر البئر . وكذلك خرجه أبو الحسن بن بكروس .

قال الحارثى : لا يصح . لأن الحفر عدوان لإبطال حق المرور . وكذلك مانحن فيه .

وذكر القاضى فى المجرد ، وكتاب الروايتين : إن أذن الإمام : فلا ضمان . وإلا فعلى وجهين . بناء على البئر .

وتبعه على ذلك ابن عقيل فى الفصول ، مع أنهما قالا : قال أصحابنا ـ فى بوارى المسجد ـ لاضمان على فاعله . وجهاً واحداً . بإذن الإمام أو غير إذنه . لأن هذا من تمام مصلحته .

فائدة : لو نصب فيه باباً ، أو عمداً ، أو سقفه ، أو جعل فيه رفًّا لينتفع به الناس ، أو بنى جداراً ، أو أوقد مصباحاً : فلاضمان عليه .

قال أصحابنا ـ فى بوارى المسجد ـ : لا ضمان على فاعله وجهاً واحداً . سواء كان بإذن الإمام أو بغير إذنه .

قوله ﴿ وَإِنْ جَلَسَ فِى مَسْجِدٍ ، أَوْ طَرِيقٍ وَاسِعٍ ، فَعَثَرَ بِهِ حَيَوَانٌ ، لَمْ يَضْمَنْ فِى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ﴾ وهو المذهب .

قال فى الفروع : والأصح : لا يضمن .

قال الشارح : وهو أولى .

قال فى الفائق ـ فيما إذا جلس فى طريق واسع ـ : لم يضمن فى أصح الوجهين . وصححه فى النظم . وجزم به فى الوجيز .

والوجه الثانى : يضمن . وقدمه فى الرعايتين . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته فى الجالس فى الطريق . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والحاوى الصغير ، وشرح ابن منجا .

تنبيه : قال الحارثى : أورد المصنف الوجهين فى المتن ، أخذاً من إيراد أبى الخطاب . قال : ولم أرهما لأحد قبله .

وأصل ذلك — والله أعلم — مامر من الروايتين فى ربط الدابة فى الطريق .

ومحله : مالم يكن الجلوس مباحاً ، كالجلوس فى المسجد مع الجنابة والحيض ، أو للبيع والشراء ، ونحو ذلك .

أما ماهو مطلوب — كالاعتكاف ، وانتظار الصلاة ، والجلوس لتعليم القرآن والسنة — فلا يتأتى الخلاف فيه بوجه .

وكذا ماهو مباح من الجلوس فيه ، وفى جوانب الطرق الواسعة — كبيع مأكول ونحوه — لامتناع الخلاف فيه . لأنه جلس فيما يستحقه بالاختصاص فهو كالجلوس فى ملكه ، من غير فرق .

وقد حكى القاضى الجزم بنفى الضمان فى المسألة فى الطريق الواسع .

وهذا التقييد حكاه بعض شيوخنا فى كتبه عن بعض الأصحاب . ولا بد منه . لكنه يقتضى اختصاص الخلاف بالمسجد دون الطريق . لأن الجلوس بالطريق الواسعة : إما مباح — كما ذكرنا — فلا ضمان بحال . وإما غير مباح — كالجلوس وسط الجادة — فالضمان واجب ولابد . انتهى كلام الحارثى .

فائدة : حكم الاضطجاع فى المسجد ، والطريق الواسعة : حكم الجلوس فيهما على ماتقدم .

وأما القيام : فلا ضمان به بحال . لأنه من مرافق الطرق ، كالمرور .

تنبيه : مفهوم كلامه : أنه لو جلس فى طريق ضيقة : أنه يضمن . وهو كذلك

ويأتى فى كلام المصنف ، فى أول كتاب الديات ، فى مسألة الاصطدام .

قوله ﴿ وَإِنْ أَخْرَجَ جَنَاحًا ، أَوْ مِيزَابًا إِلَى الطَّرِيقِ ﴾ .

قال فى الرعاية : نافذاً أو غير نافذ ـ يعنى بغير إذن أهله ﴿ فَسَقَطَ عَلَى شَيْءٍ فَأَتْلَفَهُ : ضَمِنَ ﴾ .

وهذا قاله أكثر الأصحاب .

وتقدم الكلام فى ذلك محرراً فى باب الصلح . عند قوله « ولا أن يشرع إلى طريق نافذ جناحا » .

قال فى الفروع : ولو بعد بيع وقد طولب بنقضه لحصوله بفعله . انتهى .

وقاله القاضى ، وغيره .

وقال فى الرعاية ـ بعد أن ذكر الأول ـ : ولا يضمن بما تلف بما يباح ، من جناح وساباط وميزاب .

فعلم من ذلك : أن مراد المصنف ـ وغيره ممن أطلق ـ : إذا كان ذلك لايباح فعله . وقد صرح بذلك المصنف ، والشارح فى إخراج الجناح فى غير الدرب النافذ بإذن أهله : أنه لا يضمن .

قال الحارثى : ومبنى هذا الأصل : أن الإخراج هل يباح أم لا ؟ .

قوله ﴿ وَإِنْ مَالَ حَائِطُهُ ، فَلَمْ يَهْدِمْهُ حَتَّى أَتْلَفَ شَيْئًا : لَمْ يَضْمَنْهُ ﴾

نص عليه . وهو المذهب .

قال الحارثى فى شرحه : والذى عليه متأخرو الأصحاب ـ القاضى ومن بعده ـ أن الأصح من المذهب : عدم الضمان .

قال : وأصل ذلك قول القاضى فى المجرد : المنصوص عنه فى رواية ابن منصور : لا ضمان عليه . سواء طولب بنقضه أو لم يطالب . انتهى .

وجزم به فى الوجيز ، والمنور . وصححه الناظم . وقدمه فى المحرر ، والمغنى ، والشرح ، والفروع ، وشرح ابن منجا ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير .

وأومأ فى موضع : أنه إن تقدم إليه بنقضه ، وأشهد عليه فلم يفعل : ضمن .

وهذا الإيماء ذكره ابن بختان ، وابن هانىء . ونص على ذلك فى رواية إسحاق ابن منصور . ذكره أبو بكر فى زاد المسافر .

قال الحارثى : وهذه الرواية هى المذهب . ولم يورد ابن أبى موسى سواها .

وكذلك قال فى رءوس المسائل . وهو من كتبه القديمة .

وذكر أبو الخطاب ، والقاضى أبو الحسين ، وابن بكروس ، وغيرهم : أنه اختيار طائفة من الأصحاب .

قال فى الفروع : وعنه إن طالبه مستحق بنقضه ، فأبى ــ مع إمكانه ــ ضمنه . اختاره جماعة . وقدمه فى النظم .

قال المصنف ، والشارح : وأما إن طولب بنقضه ، فلم يفعل : فقد توقف الإمام أحمد رحمه الله عن الجواب فيها .

وقال أصحابنا : يضمن . وقد أومأ إليه الإمام أحمد رحمه الله . والتفريع عليه . وأطلقهما فى الرعاية الكبرى .

وقيل : يضمن مطلقا .

وخرجه أبو الخطاب ، والمجد ، وجهاً .

قال الشارح : ذكر بعض أصحابنا وجهاً بالضمان مطلقا . انتهى .

وهذا اختاره ابن عقيل .

قال الحارثى : وهو الأقوى .

وتقدم التنبيه على بعض ذلك فى أواخر باب الصلح .

تنبيه : محل الخلاف : إذا علم بميلانه ، على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع .

ولم يذكر فى الترغيب العلم بميلانه . وهو ظاهر كلام المصنف هنا وجماعة .

فوائد

إحداها : كيفية الإشهاد «اشهدوا أنى طالبته بنقضه ، أو تقدمت إليه بنقضه» ذكره ابن عقيل . وذكر القاضى بعضه . وكذلك كل لفظ أدى إليه .

ثم الميل إلى السابلة يستقل بها الإمام ، ومن قام مقامه . وكذا الواحد من الرعية ، مسلماً كان أو ذمياً .

وإن كان إلى درب مشترك : فكذلك يستقل به الواحد من أهله . ذكره القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف ، وغيرهم .

وإن كان إلى دار مالك معين : استقل به .

وإن كان ساكنها الغير : فكالمالك .

وإن كان الساكن جماعة : استقل به أحدهم .

وإن كان غاصباً : لم يملكه ، وما تلف له : فغير مضمون .

الثانية : لو سقط الجدار من غير ميلان : لم يضمن ماتولد منه ، بلا خلاف .

وإن بناه مائلا إلى ملك الغير بإذنه ، أو إلى ملك نفسه ، أو مال إليه بعد البناء : لم يضمن .

وإن بناه مائلا إلى الطريق ، أو إلى ملك الغير بغير إذنه : ضمن .

قال المصنف : لا أعلم فيه خلافا .

ومسألة المصنف : بناه مستوياً ثم مال .

الثالثة : لا أثر لمطالبة مستأجر الدار ، ومستعيرها ، ومستودعها ، ومرتهنها . ولا ضمان عليهم .

فلو طولب المالك فى هذه الحال ، فإن لم يمكنه استرجاعها ، أو نقض الحائط : فلا ضمان . وإن أمكنه ــ كالمعير ، والمودع ، والراهن إذا أمكنه فكان الرهن ــ ولم يفعل : ضمن . ذكره القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف ، وغيرهم .

وإن حجر على المالك ـ لسفه ، أو صغر ، أو جنون ـ فطولب : لم يضمن .

وإن طولب وليه ، أو وصيه ، فلم ينقضه : ضمن المالك . قاله القاضى فى المجرد ، والمصنف فى المغنى ، والشارح ، والحارثى ، وغيرهم .

قال فى الفروع : ولا يضمن ولىّ فرط . بل موليه . ذكره فى المنتخب . ويتوجه عكسه .

وكأنه لم يطلع على كلام المصنف ، والشارح ، والحارثى .

وقال ابن عقيل : الضمان على الولى .

قال الحارثى : وهو الحق . لوجود التفريط . وهو التوجيه الذى ذكره فى الفروع .

الرابعة : لو كان الميلان إلى ملك مالك معين ـ إما واحد أو جماعة ـ فأمهله المالك ، أو أبرأه : جاز . ولا ضمان .

وإن أمهله ساكن الملك ، أو أبرأه : فكذلك . ذكره القاضى ، والمصنف ، والشارح . وقدمه الحارثى .

وقال ابن عقيل : لا يسقط ، ولا يتأجل ، إلا أن يجتمعا . أعنى : الساكن والمالك .

قال الحارثى : والذى قاله « أنه لا يبرأ بالنسبة إلى المبرىء » فليس كما قال . لأن من ملك حقاً ملك إسقاطه . وإن كان بالنسبة إلى من لم يبرأ ، فنعم . وذلك على سبيل التفصيل لا يقبل خلافا .

وإن كان الميلان إلى درب لا ينفذ ، أو إلى سابلة . فأبرأه البعض . أو أمهله : برىء بالنسبة إلى المبرىء ، أو الممهل .

الخامسة : لو كان الملك مشتركاً ، فطولب أحدهم بنقضه . فقال المصنف ، والشارح : احتمل وجهين . وأطلقهما فى الفروع .

أحدهما : لا يلزمه شيء .

والثاني : يلزمه بحصته . وهو ظاهر ماجزم به الناظم .

السادسة : لو باع الجدار مائلا بعد التقدم إليه . فقال القاضي في المجرد ، والمصنف ، والشارح ، والسامري في فروقه : لاضمان عليه . لزوال التمكن من الهدم حالة السقوط .

قال المصنف : ولا على المشتري . لانتفاء التقدم إليه .

وكذا الحكم لو وهبه وأقبضه .

وإن قلنا بلزوم الهبة : زال الضمان عنه بمجرد العقد . انتهى .

وقال ابن عقيل في الفصول : إن باعه فراراً : لم يسقط الضمان . لأن الميل لايسقط الحقوق بعد وجوبها . انتهى .

قال الحارثي : والأولى ـ إن شاء الله ـ وجوب الضمان عليه مطلقا .

وقال ابن عقيل ـ بعد كلامه المتقدم ـ وكذا لو باع فَخًّا أو شبكة منصوبين فوقع فيهما صيد في الحرم ، أو مملوك للغير : لم يسقط عنه ضمانه .

قال ابن رجب : والظاهر أن القاضي لايخالف في هذه الصورة . قاله في القاعدة الرابعة والعشرين .

وقال في القاعدة التاسعة والثمانين : وهل يجب الضمان على من انتقل الملك إليه إذا استدامه ، أم لا ؟ الأظهر : وجوبه عليه ، كمن اشترى حائطا مائلا . فإنه يقوم مقام البائع فيه . فإذا طولب بإزالته ، فلم يفعل : ضمن على رواية . انتهى .

السابعة : إذا تشقق الحائط طولا : لم يوجب نقضه . وحكمه حكم الصحيح .

وإن تشقق عرضاً : فحكمه حكم المائل على ماتقدم . قاله المصنف ، والشارح ، والحارثي ، وصاحب الفروع ، والفائق ، وغيرهم .

قوله ﴿ وَمَا أَتْلَفَتِ الْبَهِيمَةُ فَلَا ضَمَانَ عَلَى صَاحِبِهَا ﴾ .

وهذا المذهب بشرطه الآتى . وعليه الأصحاب . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والفائق ، وغيرهم من الأصحاب . وسواء كان التالف صيد حرم أو غيره .

قال فى الفروع : أطلقه الأصحاب .

قال : ويتوجه إلا الضارية . ولعله مرادهم .

وقد قال الشيخ تقى الدين رحمه الله ـ فيمن أمر رجلا بإمساكها ـ : ضمنه ، إن لم يعلمه بها .

وقال فى الفصول : من أطلق كلباً عقوراً ، أو دابة رَفوساً ، أو عَضوضاً على الناس ، وخلاه فى طريقهم ومصاطبهم ورحابهم ، فأتلف مالا ، أو نفساً : ضمن لتفريطه . وكذا إن كان له طائر جارح ـ كالصقر والبازى ـ فأفسد طيور الناس وحيواناتهم . انتهى .

قلت : وهو الصواب .

فائدة : قال فى الانتصار : البهيمة الصائلة : يلزم مالكها وغيره إتلافُها .

وكذا قال فى عيون المسائل : إذا عرفت البهيمة بالصول : يجب على مالكها قتلها . وعلى الإمام وغيره : إذا صالت على وجه المعروف ، ومن وجب قتله على وجه المعروف : لم يُضمن ، كمرتد .

وتقدم إذا كانت البهيمة مغصوبة وأتلفت ، عند قوله « وإن جنى المغصوب فعليه أرش جنايته » .

قوله ﴿ إلاّ أَنْ تَكُونَ فِى يَدِ إنْسَانٍ ، كَالرَّاكِبِ ، وَالسَّائِقِ ، وَالقَائِدِ ﴾ .

يعنى : إذا كان قادراً على التصرف فيها . فيضمن ماجنت يدها أو فمها . دون ماجنت رجلها . وهذا المذهب .

قال الحارثى : هذا الصحيح من المذهب . جزم به فى الهداية ، وخلافه الصغير ،

والشريف أبو جعفر ، وابن عقيل فى التذكرة ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم . وعليه جماهير الأصحاب .

وعنه : يضمن السائق جناية رجلها .

قال القاضى ، وابن عقيل : وهى أصح . لتمكن السائق من مراعاة الرجل ، بخلاف الراكب والقائد .

وعنه : يضمن ماجنت برجلها ، سواء كان سائقاً أو قائداً أو راكباً . ذكرها فى المغنى ، وغيره .

قال الحارثى : وأورد فى المغنى هذا الخلاف مطلقاً فى القائد والسائق والراكب . والصواب : ماحكاه فى الكافى وغيره من التقييد بالسائق . فإنه مأخوذ من القاضى . والقاضى إنما ذكره فى السائق فقط . انتهى .

قلت : هذا غير مؤثر فيما أورده المصنف من الإطلاق . لأن جماعة من الأصحاب حكوا الروايات الثلاث . والناقل مقدم على النافى .

وقال فى المحرر : يضمن إذا كان معها راكب أو قائد أو سائق ماجنت بيدها وفمها ووطء رجلها ، دون نفحها ابتداء . انتهى .

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

وقال ابن البنا : إن نفحت برجلها ــ وهو يسير عليها ــ فلا ضمان . وإن كان سائقاً : ضمن ماجنت برجلها .

فوائد

منها : لو كبحها باللجام زيادة على المعتاد ، أو ضربها فى الوجه : ضمن ماجنت رجلها أيضاً ، ولو لمصلحة .

قال الحارثى : لايختلف الأصحاب فى وجوب الضمان وَطْئاً ونفحا .

وظاهر نقل ابن هانىء فى الوطء : لايضمن .

ونقل أبو طالب : لايضمن ما أصابت برجلها ، أو نفحت بها . لأنه لايقدر على حبسها . وهو ظاهر كلام جماعة . قاله فى الفروع .

ومنها : لايضمن ماجنت بذنبها . على الصحيح من المذهب . كرجلها . قال فى الفروع : ولا ضمان بذنبها فى الأصح . جزم به فى الترغيب وغيره . وجزم به أيضاً فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، وغيرهم . مع ذكرهم الخلاف فى الرجل . وقيل : يضمن .

قال الحارثى : والذنب كالرجل ، يجرى فيه الخلاف فى السائق . ولا يضمن به الراكب والقائد ، كما لايضمن بالرجل وجها واحـدا . كذا أورده فى الكافى . انتهى .

ومنها : لو كان السبب من غير السائق والقائد والراكب ، مثل إن نخسها أو نَفَّرها غيره : فالضمان على من فعل ذلك . جزم به فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، والفروع ، وغيرهم .

ومنها : لوجنى ولد الدابة : ضمن . على الصحيح من المذهب . نص عليه . واختاره ابن أبى موسى ، والسامرى ، وقطعا به . وقدمه فى الفروع ، وشرح الحارثى .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : يضمن إن فرط ، نحو أن يعرفه شَموسا ، و إلا فلا .

وقيل : لايضمن مطلقاً . واختاره المصنف ، والشارح . وقدمه فى الفائق .

ومنها : لو كان الراكب اثنـان : فالضمان على الأول ، إلا أن يكون صغيراً أو مريضاً ونحوهما ، وكان الثانى متولياً تدبيرها . فيـكون الضمان عليه .

قال الحارثى : و إن اشتركا فى التصرف اشتركا فى الضمان .

و إن كان مع الدابة سائق وقائد : فالضمان عليهما . على المذهب . وعليه الأصحاب .

قال الحارثى : وعن بعض المالكية : الضمان على القائد وحده .

قال : وهذا قول حسن .

وإن كان معهما ، أو مع أحدهما راكب : اشتركوا فى الضمان على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع .

وفيه وجه آخر : الضمان على الراكب فقط . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، والفائق .

وقيل : يضمن القائد فقط . وهو احتمال فى المغنى .

ومنها : الإبل والبغال المقطرة كالبهيمة الواحدة . على قائدها الضمان . وإن كان معه سائق شاركه فى ضمان الأخير منها ، دون ماقبله . هذا إذا كان فى آخرها . فإن كان فى أولها : شارك فى الكل . وإن كان فيما عدا الأول : شارك فى ضمان ماباشر سَوقه . دن ماقبله . وشارك فيما بعده .

وإن انفرد راكب بالقطار ، وكان على أوله : ضمن جناية الجميع . قاله الحارثى .

قال المصنف فى المغنى ، ومن تبعه : المقطور على الجمل المركوب : يضمن جنايته لأنه فى حكم القائد له .

فأما المقطور على الجمل الثانى : فينبغى أن لايضمن جنايته . لأن الراكب الأول لايمكنه حفظه عن الجناية . انتهى .

قال الحارثى : وليس بالقوى . فإن مابعد الراكب إنما يسير بسيره ، ويطأ بوطئه . فأمكن حفظه عن الجناية . فضمن ، كالمقطور على ماتحته . انتهى .

ومنها : لو انفلتت الدابة ممن هى فى يده ، وأفسدت : فلا ضمان . نص عليه فلو استقبلها إنسان فردها . فقياس قول الأصحاب : الضمان . قاله الحارثى .

ومنها : لافرق فى الراكب والسائق والقائد بين المالك ، والأجير ، والمستأجر ، والمستعير ، والموصى إليه بالمنفعة . وعموم نصوص الإمام أحمد رحمه الله تقتضيه .

قوله ﴿ وَمَا أَفْسَدَتْ مِنَ الزَّرْعِ وَالشَّجَرِ لَيْلاً ﴾ يعنى ﴿ يَضْمَنُه رَبُّها ﴾

وهذا بلا نزاع . لكن ظاهر كلام المصنف : الضمان ، سواء انفلتت باختياره ، أو بغير اختياره . وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله . نقلها جماعة ، منهم ابن منصور ، وابن هانىء . وقطع به المصنف .

قال ابن منجا فى شرحه : صرح به المصنف فى المغنى ، وغيره من الأصحاب . انتهى . وقدمه فى الفائق .

قال الزركشى : كذا قال جماعة من الأصحاب . منهم القاضى فى الجامع الصغير ، والشريف ، وأبو الخطاب فى خلافيهما ، والشيرازى ، وابن البنا ، وابن عقيل فى التذكرة ، وغيرهم . انتهى .

والصحيح من المذهب : أنه لايضمن إذا لم يفرط . قدمه فى المحرر ، والفروع . وقال : جزم به جماعة .

قال ابن منجا : وكلامه هنا مشعر به . لأنه عطفه على ضمان ماجنت يدها أو فمها ، بعد اشتراط كونها فى يد إنسان موصوف بما ذكر . انتهى .

قال الحارثى : إنما يضمن إذا فرط . أما إذا لم يفرط : فإنه لا يضمن . قاله القاضيان ـ أبو يعلى ، وابنه الحسين ـ وابن عقيل ، والقاضى يعقوب ، والسامرى ، والمصنف فى الكافى ، وغيرهم .

قال فى الفائق : ولو كسرت الباب أو فتحته : فهدر . ولو فتحه آدمى : ضمن .

تنبيه : قوله « وَمَا أَفْسَدَتْ مِنْ الزَّرْعِ والشَّجَر ليلا يضمنه ربها » خصص الضمان بالأمرين . وهكذا قال فى الشرح ، والنظم ، وجماعة .

قال فى الفروع : جزم به المصنف ولعله . أراد فى هذا الكتاب .

وذكره أيضاً رواية عن الإمام أحمد رحمه الله .

وجزم فى المغنى ، والوجيز : أنه لايضمن سوى الزرع .

فقال فى المغنى : إن أتلفت غير الزرع : لم يضمن مالكها ، نهارا كان إتلافها أو ليلا .

قال الحارثى ، وابن منجا : ولم أجده لأحد غيره . انتهيا .

قلت : هو ظاهر كلام الخرقى . لاقتصاره عليه .

والصحيح من المذهب : أنه يضمن جميع ما أتلفته مطلقاً .

قال الحارثى : وكافة الأصحاب على التعميم لكل مال . بل منهم من صرح بالتسوية بين الزرع وغيره . منهم القاضى فى المجرد ، والسامرى في المستوعب .

قال ابن منجا فى شرحه : خص المصنف الحكم بالزرع والشجر . وليس كذلك عند الأصحاب . انتهى .

وقدمه فى الفروع . وقال : نص عليه . وجزم به جماعة . انتهى .

وقدمه فى الفائق أيضاً .

وقال فى الواضح : يضمن ما أتلفت ليلا من سائر المال ، بحيث لا ينسب واضعه إلى تفريط .

فائدة : لو ادعى صاحب الزرع : أن غنم فلان نفشَتْ ليلا ، ووجد فى الزرع أثر غنم : قضى بالضمان على صاحب الغنم . نص عليه فى رواية ابن منصور .

وجعل الشيخ تقى الدين هذا من القيافة فى الأموال . وجعلها معتبرة كالقيافة فى الأنساب . قاله فى القاعدة الثالثة عشر . ويتخرج وجه : لايكتفى بذلك .

قلت : ومحل الخلاف إذا لم يكن هناك غنم لغيره .

قوله ﴿ وَلاَ يَضْمَنُ مَا أَفْسَدَتْ مِنْ ذَلِكَ نَهَارًا ﴾ .

ظاهره : سواء أرسلها بقرب ماتفسده عادة أو لا . وهو أحد القولين . وهو ظاهر كلامه فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، وجماعة . وقدمه فى الفروع .

قال الحارثى : وهو الحق . وهو ظاهر كلام الأكثرين من أهل المذهب . وصرح به المصنف فى المغنى .

وقال القاضي ، وجماعة من الأصحاب : لا يضمن إلا أن يرسلها بقرب ماتتلفه عادة ، فيضمن .

وذكره الحارثي ، وغيره رواية . وجزم به في المحرر ، والنظم ، والوجيز ، والفائق ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والزركشي .

قلت : وهو الصواب .

وقاله القاضي في موضع . نقله الزركشي .

فوائد

الأولى : قال الحارثي : لو جرت عادة بعض النواحي بربطها نهاراً وبإرسالها وحفظ الزرع ليلاً : فالحكم كذلك . لأن هذا نادر . فلا يعتبر به في التخصيص .

الثانية : إرسال الغاصب ونحوه : موجب للضمان ، نهاراً كان أو ليلاً . وإرسال المودع : كإرسال المالك في انتفاء الضمان . قاله الحارثي أيضاً . والمستعير ، والمستأجر كذلك .

ولو استأجر أجيراً لحفظ دوابه ، فأرسلها نهاراً فكذلك . اللهم إلا أن يشترط الكف عن الزرع ، فيضمن . فهو كاشتراط المالك على المودع ضبطها نهاراً .

الثالثة : لو طرد دابة من مزرعته : لم يضمن ماجنت ، إلا أن يدخلها مزرعة غيره ، فيضمن . وإن اتصلت المزارع : صبر ، ليرجع على صاحبها .

ولو قدر أن يخرجها ، وله منصرف غير المزارع فتركها : فهدر .

الرابعة : الحطب الذي على الدابة . إذا خرق ثوب آدمي بصير عاقل ، يجد منحرفاً : فهو هدر . وكذلك لو كان مستدبراً ، وصاح به منبهاً له ، وإلا ضمنه فيهما . ذكره في الترغيب . واقتصر عليه في الفروع .

الخامسة : لو أرسل طائراً فأفسد ، أو لقط حبًّا : فلا ضمان . قاله الشيخ الموفق في المغني ، والحارثي .

وقيل : يضمن مطلقاً . وهو الصحيح . صححه ابن مفلح فى الآداب . وضعف الأول . وكذلك صححه ابن القيم فى الطرق الحكمية . ولم يذكرها فى الفروع .

قوله ﴿ وَمَنْ صَالَ عَلَيْهِ آدَمِيٌّ ، أَوْ غَيْرُه . فَقَتَلَهُ دَفْعاً عَنْ نَفْسِهِ : لَمْ يَضْمَنْهُ ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وقال فى القاعدة السابعة والعشرين : لو دفع صائلا عليه بالقتل : لم يضمنه . ولو دفعه عن غيره بالقتل : ضمنه . ذكره القاضى .

وفى الفتاوى الرجبيات ، عن ابن عقيل ، وابن الزاغونى : لاضمان عليه أيضاً .

قال الحارثى ، وعن الإمام أحمد : رواية بالمنع من قتال اللصوص فى الفتنة . فيترتب عليه وجوب الضمان بالقتل . لأنه ممنوع منه إذن . وهذا لا عمل عليه . انتهى .

قلت : أما ورود الرواية بذلك : فمسلم . وأما وجوب الضمان بالقتل : ففى النفس من هذا شىء .

وخرج الحارثى ، وغيره : قولا بالضمان بقتل البهيم الصائل . بناء على ماقاله أبو بكر فى الصيد الصائل على المحرم .

ويأتى ذلك فى كلام المصنف أيضاً فى آخر باب المحاربين بأتم من هذا ، ومسائل أخر . إن شاء الله تعالى .

فائدة : لو حالت بهيمة بينه وبين ماله ، ولم يصل إليه إلا بقتلها ، فقتلها : فيحتمل أن يضمن . ويحتمل أن لا يضمن .

قلت : وهو الصواب .

وأطلقهما الحارثى .

قلت : قد يقرب من ذلك مالو انفرش الجراد فى طريق المحرم ، بحيث إنه لا يقدر على المرور إلا بقتله : هل يضمنه أم لا ؟ على ما تقدم .

و يأتى نظيرها فى آخر باب الديات .

قوله ﴿ وَإِنِ اصْطَدَمَتْ سَفِينَتَانِ ، فَغَرِقَتَا : ضَمِنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا سَفِينَةَ الآخَرِ وَمَا فِيهَا ﴾ .

هكذا أطلق كثير من الأصحاب .

قال المصنف وغيره : محله إذا فرط .

قال الحارثى : إن فرط ضمن كل واحد سفينة الآخر وما فيها . و إن لم يفرط فلا ضمان على واحد منهما . حكاه المصنف فى كتابيه ، ومن عداه من الأصحاب ونص الإمام أحمد ــ رحمه الله ــ على نحوه من رواية أبى طالب .

مع أن إطلاق المتن لا يقتضيه . غير أن الإطلاق مقيد بحـالة التفريط التى قدمناها . على ماذهب إليه الأصحاب من غير خلاف علمته بينهم . انتهى .

وقال فى الفروع : و إن اصطدمت سفينتان فغرقتا : ضمن كل واحد منهما متلف الآخر .

وفى المغنى : إن فرطا . وقاله فى المنتخب ، وأنه ظاهر كلامه . انتهى .

وجزم بما قاله الحارثى فى الرعاية وغيرها .

تنبيه : حيث قلنا بالضمان ، فيضمن كل واحد منهما سفينة الآخر وما فيها . كما قال المصنف . وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

وقال الحارثى ، قال الشافعى رحمه الله : على كل واحد منهما نصف الضمان لاشتراكهما فى السبب . فإنه حصل من كل واحد بفعله وفعل صاحبه . فـكان مهدراً فى حق نفســه ، مضموناً فى حق الآخر . كما فى التلف من جراحة نفسه وجراحة غيره .

قال الحارثى : وهذا له قوة .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا مُنْحَدِرَةً : فَعَلَى صَاحِبِهَا ضَمَانُ الْمُصْعِدَةِ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ غَلَبَهُ رِيحٌ ، فَلَمْ يَقْدِرْ عَلَى ضَبْطِهَا ﴾ .

وهذا المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به فى المغنى ، والشرح ، والفائق ، والحارثى ، وغيرهم من الأصحاب .

وفى الواضح وجه : لاتُضمن منحدرة .

وقال فى الترغيب : السفينة كدَابة ، والملاح : كرا كب .

تنبيه : قال الحارثى : سواء فرط للصعد فى هذه الحالة أو لا ، على ماصرح به فى الكافى . وأطلقه الأصحاب ، والإمام أحمد رحمه الله .

وقال فى المغنى : إن فرط المصعد ، بأن أمكنه العدول بسفينته ، والمنحدر غير قادر ولا مفرط : فالضمان على المصعد . لأنه المفرط .

قال الحارثى : وهذا صريح فى أن المصعد يؤاخذ بتفريطه .

فائدتان

إحداهما : يقبل قول الملاح : إنَّ تَلَفَ المال بغلبة ريح .

ولو تعمد الصدم : فشريكان فى إتلاف كل منهما ، ومن فيهما .

فإن قتل فى الغالب : فالقود ، و إلاَّ شِبْه عمدٍ .

ولا يسقط فعل المصادم فى حق نفسه مع عمد .

ولو خرقها عمداً أو شبهه ، أو خطأ : عمل على ذلك . قاله فى الفروع .

وقال الحارثى : إن عمد مالا يهلك غالباً : فشبه عمد . وكذا مالو قصد إصلاحها ، فقطع لوحاً . أو أصلح مسماراً ، فخرق موضعاً . حكاه القاضى وغيره .

وقال المصنف فى المغنى : والصحيح أنه خطأ محض . لأنه قصد فعلا مباحا .

وهل يضمن من ألقى عِدْلا مملوءاً بسفينة فغرقها ومافيها ، أو نصفه ، أو بحصته ؟ قال فى الرعاية ، وتبعه فى الفروع : يحتمل أوجهاً .

قلت : هى شبيهة بما إذا جاوز بالدابة مكان الإجارة . أو حملها زيادة على المأجور ، فتلفت . أو زاد على الحد سوطا . فقتله . والصحيح من المذهب هناك : أنه يضمنه جميعه على ماتقدم .

ويأتى فى كلام المصنف ، فى كتاب الحدود . فكذلك هنا .

وجزم فى الفصول : أنه يضمن جميع مافيها . ذكره فى أثناء الإجارة . وجعله أصلا لما إذا زاد على الحد سوطا فى وجوب الدية كاملة

وكذلك المصنف فى المغنى : جعلها أصلا فى وجوب ضمان الدابة كاملة ، إذا جاوز بها مكان الإجارة ، أو زاد على الحد سوطا .

ولو أشرفت على الغرق : فعلى الركبان إلقاء بعض الأمتعة حسب الحاجة .

ويحرم إلقاء الدواب ، حيث أمكن التخفيف بالأمتعة . وإن ألجأت ضرورة إلى إلقائها : جاز . صوناً للآدميين . والعبيد : كالأحرار .

وإن تقاعدوا عن الإلقاء مع الإمكان : أثموا .

وهل يجب الضمان ؟ فيه وجهان . اختار المصنف وغيره عدمه .

والثاني : يضمن . وأطلقهما الحارثى .

ولو ألقى متاعه ، ومتاع غيره : فلا ضمان على أحد . ذكره الأصحاب . قاله الحارثى .

وإن امتنع من إلقاء متاعه : فللغير إلقاؤه من غير رضاه ، دفعاً للمفسدة . لكن يضمنه . قاله القاضى فى المجرد ، وابن عقيل فى الفصول ، والمصنف فى المغنى ، وغيرهم .

قال الحارثى : وعن مالك رضى الله عنه : لايضمن . اعتباراً بدفع الصائل .

قال : ويتخرج لنا مثله . بناء على انتفاء الضمان بما لو أرسل صيداً من يد محرم .

قلت : وهذا هو الصواب .

وتقدم فى آخر الضمان بعض ذلك . ومسائل أخر تتعلق بهذا . فليعاود.

الثانية : لوكانت إحداها واقفة ، والأخرى سائرة : فعلى قَيِّم السائرة ضمان الواقفة ، إن فرط ، و إلا فلا . ذكره المصنف ، والقاضى ، والشارح ، وصاحب الفروع ، وغيرهم .

و يأتى فى كلام المصنف ، فى أوائل كتاب الديات « إذا اصطدم نفسان ، أو أركب صبيين فاصطدما ، ونحوهما » .

قوله ﴿ وَمَنْ أَتْلَفَ مِزْمَارًا ، أَوْ طُنْبُورًا ، أَوْ صَلِيبًا ، أَوْ كَسَرَ إِنَاءَ فِضَّةٍ ، أَوْ ذَهَبٍ ، أَوْ إِنَاءَ خَمْرٍ : لَمْ يَضْمَنْهُ ﴾ .

وكذا العود ، والطبل ، والنرد ، وآلة السحر ، والتعزيم ، والتنجيم ، وصور خيال ، والأوثان والأصنام ، وكتب المبتدعة المضلة ، وكتب الكفر ونحو ذلك .

وهذا المذهب فى ذلك كله . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والفائق ، وغيرهم من الأصحاب ، فى الثلاثة الأول . وقدموه فى الباقى من كلام المصنف . وصححوه . وجزم به فى الوجيز ، وغيره ، فى الجميع .

قال ناظم المفردات : لا ضمان فى المشهور . وهو منها . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وعنه : يضمن غير الصليب مما ذكره المصنف .

وأطلق فى المحرر فى ضمان كسر آنية الذهب والفضة والخمر : روايتين .

وأطلق فى التلخيص فى ضمان كسر أوانى الخمر وشق ظروفه : روايتين .

قال في المغنى : حكى أبو الخطاب رواية : بأنه يضمن ، إذا كسر أوانى الذهب والفضة

قال الحارثى : وحكاها القاضى يعقوب فى تعليقه ، وأبو الحسين فى التمام ، وأبو يعلى الصغير فى المفردات ، وغيرهم .

قال الحارثى : إن أريد ضمان الإجزاء ـ وهو ظاهر إيرادهم . فإن بعضهم علله بجواز المعاوضة عليها ، والقطع بسرقتها ـ فمسلم . ولـكن ليس بمحل النزاع . لأنه لا خلاف فيه .

وإن أريد ضمان الأرش ـ وهو فرض المسألة ـ فلا أعلم له وجهاً . وذكر مأخذهم من الرواية ، ورده .

وعنه : يضمن آنية الخمر ، إن كان ينتفع بها فى غيره .

وعنه : يضمن غير آلة اللهو مما ذكره المصنف .

وعنه : لا يضمن غير الدف .

وأطلق فى الرعاية فى ضمان دف الصنوج : روايتين .

وعنه : لا يضمن دف العرس ـ أعنى : التى ليس فيها صنوج ـ ذكرها الحارثى وحكى القاضى فى كتاب الروايتين : رواية بجواز إتلافه فى اللعب بما عدا النكاح . ورده الحارثى .

وقال فى الفنون : يحتمل أن يضمن آلة اللهو ، إذا كان يُرْغَب فى مادتها . كعود ، وداقورة .

تنبيه : محل الخلاف فى آنية الخمر : إذا كان مأموراً بإراقتها .

واعلم أن ظاهر كلام المصنف فى آنية الخمر : أنه سواء قدر على إراقتها بدون تلف الإناء أو لا . وهو صحيح . وهو المذهب . نقله المروذى . وقدمه فى الفروع .

ونقل الأثرم ، وغيره : إن لم يقدر على إراقتها إلا بتلفها : لم يضمن وإلا ضمن .

فوائد

منهـا : لا يضمن مخزن الخمر إذا أحرقه . على الصحيح من المذهب . نقله ابن منصور . واختاره ابن بطة ، وغيره . وقدمه فى الفروع .

ونقل حنبل : يضمنه . وجزم به المصنف .

وقال ابن القيم فى الهدى : يجوز تحريق أماكن المعاصى وهدمها . كما حرق رسول الله عليه أفضل الصلاة والسلام مسجد الضِّرار ، وأمر بهدمه .

ومنها : لايضمن كتابا فيه أحاديث رديئة حرقه . على الصحيح من المذهب نقله المروذى . وقدمه فى الفروع .

قال فى الانتصار : لجعله كآلة لهو . ثم سلمه ، على نصه فى رواية المروذى فى سِتْرٍ فيه تصاوير .

ونص على تحريق الثياب السود .

قال فى الفروع : فيتوجه فيهما روايتان .

ومنها : لا يضمن حلياً محرماً على الرجال لم يستعملوه ، يصلح للنساء . قاله فى الفروع .

ومنها : قال صاحب الفروع ، ظاهر كلام الأصحاب : أن الشِّطْرَنْج من آلة اللهو .

قلت : بل هى من أعظمها . وقد عم البلاء بها .

ونقل أبو داود : لا شىء عليه فيه .

كتاب الشفعة

قوله ﴿ وَهِيَ اسْتِحْقَاقُ الإِنْسَانِ انتِزَاعَ حِصَّةِ شَرِيكِهِ مِنْ يَدِ مُشْتَرِيهَا ﴾ .

وكذا قال فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، وغيرهم ، والخلاصة . وزاد : قهراً .

قال الزركشي : وهو غير جامع . لخروج الصلح بمعنى البيع ، والهبة بشرط الثواب ، ونحو ذلك : منه .

قلت : ويمكن الجواب عن ذلك بأن الهبة بشرط الثواب : بيع على الصحيح من المذهب . على ما يأتى . فالموهوب له مشتر . وكذلك الصلح يسمى فيه بائعاً ومشترياً . لأن الأصحاب قالوا فيهما : هو بيع . فهو إذن جامع .

وقال فى المغنى : هى استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يد من انتقلت إليه .

قال الزركشي : وهو غير مانع . لدخول ما انتقل بغير عوض ، كالأرش ، والوصية ، والهبة بغير ثواب ، أو بغير عوض مالى . على المشهور . كالخلع ونحوه .

قال : فالأجود إذن أن يقال : من يد من انتقلت إليه بعوض مالى ، أو مطلقاً انتهى .

فائدتان

إحداهما : قال الحارثى ، ولا خفاء بالقيود فى حد المصنف .

فقيد « الشركة » مخرج للجوار ، والخلطة بالطريق .

وقيد « الشراء » مخرج للموهوب ، والموصى به ، والموروث ، والممهور ، والعوض فى الخلع ، والصلح عن دم العمد . وفى بعضه خلاف .

قال : وأورد على قيد « الشركة » أن لو كان من تمام الماهية لما حسن أن يقال : هل تثبت الشفعة للجار ، أم لا ؟ انتهى .

الثانية : قوله ﴿ وَلاَ يَحِلُّ الاحْتِيَالُ لِإسْقَاطِهَا ﴾ بلا نزاع فى المذهب نص عليه .

﴿ وَلاَ تَسْقُطُ بِالتَّحَيُّلِ أَيْضاً ﴾ نص عليه .

وقد ذكر الأصحاب للحيلة فى إسقاطها صوراً .

الأولى : أن تكون قيمة الشقص مائة ، وللمشترى عَرَضٌ قيمته مائة . فيبيعه العرض بمائتين ، ثم يشترى الشقص منه بمائتين ، ويتقاصان ، أو يتواطئآن على أن يدفع إليه عشرة دنانير عن المائتين . وهى أقل من المائتين . فلا يُقدِم الشفيع عليه . لنقصان قيمته عن المائتين .

الثانية : إظهار كون الثمن مائة ، ويكون المدفوع عشرين فقط .

الثالثة : أن يكون كذلك ، ويبرئه من ثمانين .

الرابعة : أن يهبه الشقص ، ويهبه الموهوب له الثمن .

الخامسة : أن يبيعه الشقص بصُبْرة دراهم معلومة بالمشاهدة ، مجهولة المقدار ، أو بجوهرة ونحوها .

فالشفيع على شفعته فى جميع ذلك . فيدفع فى الأولى : قيمة العرض مائة ، أو مثل العشرة دنانير . وفى الثانية : عشرين . وفى الثالثة : كذلك . لأن الإبراء حيلة . قاله فى الفائق . وقاله القاضى ، وابن عقيل .

قال فى المغنى ، والشرح : يأخذ الجزء المبيع من الشقص بقسطه من الثمن . ويحتمل أن يأخذ الشقص كله بجميع الثمن . وجزم بهذا الاحتمال فى المستوعب . قال الحارثى : وهو الصحيح .

وفى الرابعة : يرجع فى الثمن الموهوب له .

وفى الخامسة : يدفع مثل الثمن المجهول ، أو قيمته إن كان باقياً . ولو تعذر بتلف أو موت : دفع إليه قيمة الشقص . ذكر ذلك الأصحاب . نقله فى التلخيص .

وأما إذا تعذر معرفة الثمن من غير حيلة ، بأن قال المشترى : لا أعلم قدر الثمن ، كان القول قوله مع يمينه ، وأنه لم يفعله حيلة ، وتسقط الشفعة .

وقال فى الفائق ، قلت : ومن صور التحيل : أن يقفه المشترى أو يهبه حيلة ، لإسقاطها . فلا تسقط بذلك عند الأئمة الأربعة . ويغلط من يحكم بهذا ممن ينتحل مذهب الإمام أحمد رحمه الله ، وللشفيع الأخذ بدون حكم . انتهى .

قال فى القاعدة الرابعة والخمسين : هذا الأظهر .

قوله ﴿ وَلاَ شُفْعَةَ فِيمَا عِوَضُهُ غَيْرُ المَالِ ، كَالصَّدَاقِ وَعِوَضِ الْخُلْعِ ، وَالصُّلْحِ عَنْ دَمِ العَمْدِ . فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والتلخيص ، والمحرر ، والرعاية الكبرى ، والفروع ، والفائق . وظاهر الشرح : الإطلاق .

أحدهما : لا شفعة فى ذلك . وهو الصحيح من المذهب .

قال فى الكافى : لا شفعة فيه فى ظاهر المذهب .

قال الزركشى : هذا أشهر الوجهين عند القاضى ، وأكثر أصحابه .

قال ابن منجا : هذا أولى .

قال الحارثى : أكثر الأصحاب قال : بانتفاء الشفعة . منهم أبو بكر ، وابن أبى موسى ، وأبو على بن شهاب ، والقاضى ، وأبو الخطاب فى رءوس المسائل ، وابن عقيل ، والقاضى يعقوب ، والشريفان ــ أبو جعفر ، وأبو القاسم الزيدى ــ والعكبرى ، وابن بكروس ، والمصنف . وهذا هو المذهب . ولذلك قدمه فى المتن . انتهى .

وهو ظاهر كلام الخرقى . وصححه فى التصحيح ، والنظم . وجزم به فى العمدة ،

والوجيز ، والمنور ، والحاوى الصغير ، وغيرهم . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، وغيرهم .

والوجه الثانى : فيه الشفعة . اختاره ابن حامد ، وأبو الخطاب فى الانتصار ، وابن حمدان فى الرعاية الصغرى . وقدمه ابن رزين فى شرحه .

فعلى هذا القول : يأخذه بقيمته . على الصحيح . اختاره القاضى ، وابن عقيل ، وابن عبدوس فى تذكرته ، وصاحب الفائق . وصححه الناظم . وقدمه فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير . وجزم به فى الهداية .

وقيل : يأخذه بقيمة مقابله من مهر ودية . حكاه الشريف أبو جعفر عن ابن حامد . وأطلقهما فى المحرر ، والفروع ، والزركشى .

وسيأتى ذلك فى كلام المصنف فى آخر الفصل السادس .

فوائد

منها : قال فى الفروع ، وعلى قياس هذه المسألة : ما أخذ أجرة ، أو ثمناً فى سَلَم ، أو عوضاً فى كتابة . وجزم به فى الرعاية الكبرى .

قال فى الكافى ، ومثله : ما اشتراه الذمى بخمر ، أو خنزير .

قال الحارثى : وطرد أصحابنا الوجهين فى الشقص المجعول أجرة فى الإجارة .

ولكن نقول : الإجارة نوع من البيع . فيبعد طرد الخلاف إذن .

فالصحيح على أصلنا : جريان الشفعة قولاً واحداً .

ولو كان الشقص جعلا فى جعالة : فكذلك من غير فرق .

وطرد صاحب التلخيص وغيره من الأصحاب الخلاف أيضاً فى الشقص المأخوذ عوضاً عن نجوم الكتابة .

ومنهم من قطع بنفى الشفعة فيه . وهو القاضى يعقوب . ولا أعلم لذلك وجهاً .

وحكى بعض شيوخنا — فيما قرأت عليه — طرد الوجهين أيضاً فى المجعول رأس مال فى السلم . وهو أيضاً بعيد . فإن السلم نوع من البيع . انتهى كلام الحارثى

ثم قال : إذا تقرر ما قلنـا فى المأخوذ عوضاً عن نجوم الـكتابة ، فلو عجز المـكاتب بعد الدفع ورق : هل تجب الشفعة إذن ؟

قال فى التلخيص : يحتمل وجهين . أحدهما : نعم . والثانى : لا . وهو أولى .

فائدتاں

إحداهما : لو قال لأم ولده : إن خدمت أولادى شهراً فلك هذا الشقص . فخدمتهم : استحقته . وهل تثبت فيه الشفعة ؟ يحتمل وجهين .

أحدهما : نعم . وهذا على القول بالشفعة فى الإجارة .

والثانى : لا . لأنها وصية . قاله الحارثى . وهذا الثانى هو الصواب .

الثانية : إذا قيل بالشفعة فى الممهور . فطلق الزوج قبل الدخول وقبل الأخذ : فالشفعة مستحقة فى النصف بغير إشكال . ومابقى : إن عفا عنه الزوج فهبة مبتدأة لا شفعة فيه . على الصحيح .

وقال ابن عقيل : يستحقه الشفيع .

و إن لم يعف فلاشفعة فيه أيضا . على الصحيح . لدخوله فى ملك الزوج قبل الأخذ . قدمه فى شرح الحارثى .

وذكر القاضى وابن عقيل احتمالين ، والمصنف وجهين .

قال الحارثى : والأخذ هنا بالشفعة لا يتمشى على أصول الإمام أحمد رحمه الله

و إن أخذ الشفيع قبل الطلاق فالشفعة ماضية . و يرجع الزوج إلى نصف قيمة الشقص .

قال القاضى وغيره : يرجع بأقل الأمرين من نصف قيمته : يوم إصداقها ، و يوم إقباضها .

قوله ﴿ الثَّانى : أَنْ يَكُونَ شِقْصًا مُشَاعًا مِنْ عَقَارٍ يَنْقَسِمُ ﴾ .

يعنى : قسمة إجبار .

فأما المقسوم المحدود : فلا شفعة لجاره فيه . وهذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وقيل : تثبت الشفعة للجار .

وحكاه القاضي يعقوب فى التبصرة ، وابن الزاغونى عن قوم من الأصحاب رواية .

قال الزركشي : وصححه ابن الصيرفى . واختاره الحارثى فيما أظن . وأخذ الرواية من نصه فى رواية أبي طالب ومثنى : لا يحلف أن الشفعة تستحق بالجوار

قال الحارثى : والعجب ممن يثبت بهذا رواية عن الإمام أحمد رحمه الله .

قال فى الفائق : وهو مأخذ ضعيف .

وقيل : تجب الشفعة بالشركة فى مصالح عقار . اختاره الشيخ تقى الدين ـ رحمه الله ـ وصاحب الفائق . وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله فى رواية أبي طالب ، وقد سأله عن الشفعة ؟ فقال : إذا كان طريقهما واحداً شركاء : لم يقتسموا . فإذا صُرِّفت الطرق ، وعرفت الحدود : فلا شفعة .

وهذا هو الذى اختاره الحارثى . لا كما ظنه الزركشى ، من أنه اختار الشفعة للجار مطلقاً .

فإن الحارثى قال : ومن الناس من قال بالجوار ، لكن بقيد الشركة فى الطريق .

وذكر ظاهر كلام الإمام أحمد المتقدم . ثم قال : وهذا الصحيح الذى يتعين المصير إليه .

ثم ذكر أدلته ، وقال : فى هذا المذهب جمعاً بين الأخبار ، دون غيره . فيكون أولى بالصواب .

فوائد

منها : شريك المبيع أولى من شريك الطريق . على القول بالأخذ . قاله الحارثى .

ومنها : عدم الفرق فى الطريق بين كونه مشتركا بملك ، أو باختصاص . قدمه الحارثى . وقال : ومن النـاس من قال : المعتبر شركة الملك ، لا شركة الاختصاص . وهو الصحيح .

ومنها : لو بيعت دار فى طريق لهـا درب فى طريق لا ينفذ . فالأشهر : تجب ، إن كان للمشترى طريق غيره ، أو أمكن فتح بابه إلى شارع . قاله فى الفروع . وجزم به فى التلخيص وغيره . وقدمه فى الشرح وغيره .

وقيل : لا شفعة بالشركة فيه فقط . ومال إليه المصنف ، والشارح .

وقيل : بلى . وأطلقهما فى الفروع .

وإن كان نصيب المشترى فوق حاجته . فى الزائد وجهان . اختار القاضى ، وابن عقيل : وجوب الشفعة فى الزائد .

وقال المصنف فى المغنى : والصحيح لا شفعة . وصححه الشارح . وأطلقهما الحارثى فى شرحه ، والفروع .

وكذا دهليز الجار وصحن داره . قاله فى الفروع ، والحارثى ، والمصنف ، والشارح .

ومنها : لا شفعة بالشركة فى الشِّرْب مطلقاً . وهو النهر ، أو البئر ، يسقى أرض هذا وأرض هذا . فإذا باع أحدهما أرضه فليس للآخر الأخذ بحقه من الشرب . قاله الحارثى وغيره . ونص عليه .

قوله ﴿ وَلاَ شُفْعَةَ فِيمَا لاَ تَجِبُ قِسْمَتُهُ كَالْحَمَّامِ الصَّغِيرِ ، وَالبِئْرِ ، وَالطُّرُقِ ، وَالعِرَاصِ الضَّيِّقَةِ ، وَلا مَا لَيْسَ بِعَقَارٍ كَالشَّجَرِ ، وَالْحَيَوَانِ ،

وَالبِنَاءِ المُفْرَدِ ، وَكَالْجَوْهَرَةِ ، وَالسَّيْفِ وَنَحْوِهِمَا ـ فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ ﴾

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والرعاية الكبرى .

إحداهما : لاشفعة فيه . وهو الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

قال المصنف ، والشارح : وهذا ظاهر المذهب .

قال فى الرعاية الكبرى : أظهرهما لا شفعة فيه .

قال فى المستوعب ، والتلخيص ، والبلغة ، والفروع ، والفائق ، والحاوى الصغير : لا شفعة فيه . فى أصح الروايتين .

وصححه فى التصحيح . وجزم به فى الخلاصة ، والوجيز وغيرهما . وقدمه فى الكافى ، والمحرر ، والرعاية الصغرى ، وغيرهم .

والرواية الثانية : فيه الشفعة .

اختاره ابن عقيل ، وأبو محمد الجوزى ، والشيخ تقى الدين رحمه الله .

قال الحارثى : وهو الحق .

وعنه : تجب فى كل مال ، حاشَى منقولا لاينقسم .

قال فى الرعاية الكبرى ، وقيل : تجب فى زرع وثمر مفرد .

فعلى المذهب : يؤخذ البناء والغراس تبعاً للأرض . كما تقدم .

قال المصنف ، قال الحارثى : لا خلاف فيهما على كلتا الروايتين .

زاد فى الرعاية : مما يدخل تبعاً : النهر والبئر ، والقناة ، والرحى والدولاب.

فائدة : المراد بما ينقسم : ماتجب قسمته إجباراً . وفيه روايتان .

إحداهما : ماينتفع به مقسوماً منفعته التى كانت ، ولو على تضايق . كجعل البيت بيتين .

قال فى التلخيص : وهو الأظهر .

قال الخرقى : وينتفعان به مقسوماً .

قال الحارثى : وإيراد المصنف هنـا يقتضى التعويل على هذه الرواية ، دون ماعداها . لأنه مَثَّل مالا تجب قسمته بالحمام والبئر الصغيرين ، والطرق والعراص الضيقة . وكذلك أبو الخطاب فى كتابه . انتهى .

قال الحارثى : وهو أشهر عن الإمام أحمد رحمه الله ، وأصح . وجزم به فى العمدة فى باب القسمة .

قال فى التلخيص : ويحتمل أن يكون أى منفعة كانت ، ولو كانت بالسكنى . وهو ظاهر إطلاقه فى المجرد . انتهى .

والرواية الثانية : ما ذكرنا ، أو أن لاتنقص القيمة بالقسمة نقصاً بيناً . نقله الميمونى .

واعتبار النقص : هو ما مال إليه المصنف ، وأبو الخطاب فى باب القسمة . وأطلقهما فى شرح الحارثى .

ويأتى ذلك فى كلام المصنف فى باب القسمة بأتم من ذلك محرراً .

قوله ﴿ وَلاَ تُؤْخَذُ الثَّمَرَةُ والزَّرْعُ تبعًا ، فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ﴾ .

وهو المذهب . اختاره القاضى ، والمصنف ، والشارح .

قال الحارثى : وهو قول أبي الخطاب فى رءوس المسائل ، وابن عقيل ، والشريف أبو جعفر فى آخرين . انتهى .

وصححه فى التصحيح ، والنظم . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الكافى ، والرعاية الكبرى ، والفروع .

والوجه الثانى : تؤخذ تبعاً . كالبناء والغراس . وهو احتمال فى الهداية .

قال فى المستوعب ، والتلخيص : وقال أبو الخطاب : تؤخذ الثمار ، وعليه يخرج الزرع .

قال الحارثي : واختاره القاضى قديماً فى رءوس المسائل . وأطلقهما فى المذهب والخلاصة ، والرعاية الصغرى ، والفائق .

وظاهر الهداية ، والمستوعب ، والحاوى الصغير : الإطلاق .

وأكثرهم إنما حكى الاحتمال ـ أو الوجه ـ فى الثمر . وخرج منه إلى الزرع .

وقيد المصنف الثمرة بالظاهرة ، وأن غير الظاهرة تدخل تبعاً ، مع أنه قال فى المغنى : إن اشتراه وفيه طَلْع لم يُؤَبَّر فأبره : لم يأخذ الثمرة . و إنما يأخذ الأرض والنخل بحصته ، كما فى شقص وسيف .

وكذا ذكر غيره : إذا لم يدخل . فإنه يأخذ الأصل بحصته .

فائدة : لو كان السفل لشخص والعلو مشتركا ، والسقف مختص بصاحب السفل ، أو مشتركا بينه و بين أصحاب العلو : فلا شفعة فى السقف . لأنه لا أرض له . فهو كالأبنية المفردة .

و إن كان السقف لأصحاب العلو : ففيه الشفعة . لأن قراره كالأرض . قدمه فى التلخيص ، والرعاية الـكبرى ، والفائق .

وفيه وجه آخر : أنه لاشفعة فيه لأنه غير مالك للسفل . و إنما له عليه حق . فأشبه مستأجر الأرض . خرجه بعض الأصحاب . قاله فى التلخيص ، وقال : فاوضت فيها بعض أصحابنا . وتقرر حكمها بينى و بينه على مابينت .

وهذا الوجه : قدمه فى المغنى . فقال : و إن بيعت حصة من علو دار مشترك نظرت . فإن كان السقف الذى تحته لصاحب السفل . فلا شفعة فى العلو . لأنه بناء منفرد . و إن كان لصاحب العلو فـكذلك . لأنه بناء منفرد ، لـكونه لا أرض له فهو كما لو لم يكن السقف له .

و يحتمل ثبوت الشفعة . لأن له قراراً . فهو كالسفل . انتهى .

وقدمه أيضاً الشارح ، وابن رزين . وأطلقهما فى شرح الحارثى .

ولو باع حصته من علو مشترك على سقف لمـالك السفل . فقال فى المغنى ، والشرح ، والتلخيص ، وغيرهم : لا شفعة لشريك العلو . لانفراد البناء . واقتصر عليه الحارثى .

و إن كان السقف مشتركا بينه و بين أصحاب العلو . فـكذلك . قاله فى التلخيص وغيره .

و إن كان السفل مشتركا والعلو خالصا لأحد الشريكين ، فباع العلو ونصيبه من السفل : فللشريك الشفعة فى السفل ، لا فى العلو . لعدم الشركة فيه .

قوله ﴿ الثَّالِثُ : المطَالَبَةُ بِهَا عَلَى الفَوْرِ ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم ، ونص عليه . بل هو المشهور عنه .

وعنه : أنها على التراخى ما لم يرض ، كخيار العيب . اختاره القاضى يعقوب . قاله الحارثى وغيره .

وحكى جماعة ـ وعَدَّهم ـ رواية بثبوتها على التراخى . لا تسقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى أو دليله . كالمطالبة بقسمة أو بيع ، أو هبة ، نحو : بعنيه ، أو هَبْهُ لى ، أو قاسمنى ، أو بعه لفلان ، أو هَبْه له . انتهى . والتفريع على الأول .

قوله ﴿ سَاعَةَ يَعْلَمُ ﴾ .

نص عليه . هذا المذهب . أعنى أن المطالبة على الفور ساعة يعلم . نص عليه. وعليه أكثر الأصحاب : وجزم به ابن البنا فى خصاله ، والعمدة ، والوجيز ، ومنتخب الأزجى ، وغيرهم .

وقدمه فى الهداية ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والهادى ، والتلخيص ، والمحرر ، والشرح ، والرعايتين ، والنظم ، وشرح ابن منجا والحارثى ، والفروع ، والفائق ، و إدرك الغاية ، وغيرهم .

نقل ابن منصور : لا بد من طلبها حين يسمع حتى يعلم طلبه . ثم له أن يخاصم ولو بعد أيام . قاله فى الفروع وغيره .

وقال القاضى : له طلبها فى المجلس ، و إن طال . وهو رواية عن الإمام أحمد .

واختارها ابن حامد أيضاً ، وأكثر أصحاب القاضى ، منهم الشريفان ـ أبو جعفر ، والزيدى ـ وأبو الخطاب فى رءوس المسائل ، وابن عقيل ، والعكبرى ، وغيرهم .

قال الحارثى : وهذا يتخرج من نص الإمام أحمد رحمه الله على مثله فى خيار المجبرة ومن غيره .

قال : وهذا متفرع على القول بالفورية ، كما فى التمام ، وفى المغنى . لأن المجلس كله فى معنى حالة العقد . بدليل التقابض فيه لما يعتبر له القبض . ينزل منزلة حالة العقد . ولكن إيراده هنا مشعر بكونه قسيما للفورية . انتهى .

قال فى الفروع : اختاره الخرقى ، وابن حامد ، والقاضى ، وأصحابه .

قلت : ليس كما قال عن الخرقى ، بل ظاهر كلامه : وجوب المطالبة ساعة يعلم . فإنه قال : ومن لم يطالب بالشفعة فى وقت علمه بالبيع فلا شفعة له . انتهى . وأطلقهما فى المذهب .

تنبيهان

أحدهما : قال الحارثى : وفى جعل هذا شرطا إشكال . وهو أن المطالبة بالحق فرع ثبوت ذلك الحق . ورتبة ذلك الشرط تقدمه على المشروط . فكيف يقال بتقدم المطالبة على ماهو أصل له ؟ هذا خلف .

أو نقول : اشتراط المطالبة يوجب توقف الثبوت عليها . ولا شك فى توقف المطالبة على الثبوت . فيكون دوراً .

والصحيح : أنه شرط لاستدامة الشفعة ، لا لأصل ثبوت الشفعة . ولهذا قال : فإن أخره سقطت شفعته . انتهى .

الثانى : كلام المصنف وغيره : مقيد بما إذا لم يكن عذر . فإن كان عذر ـ مثل : أن لا يعلم ، أو علم ليلا فأخره إلى الصبح ، أو أخره لشدة جوع ، أو عطش حتى أكل أو شرب . أو أخره لطهارة أو إغلاق باب ، أو ليخرج من الحمام ، أو

ليقضى حاجته ، أو ليؤذن و يقيم . و يأتى بالصلاة وسنتها ، أو ليشهدها فى جماعة يخاف فوتها ، ونحو ذلك .

وفى التلخيص : احتمال بأنه يقطع الصلاة ، إلا أن تكون فرضاً .

قال الحارثى : وليس بشىء . وهو كما قال . فلا تسقط ، إلاأن يكون المشترى حاضراً عنده فى هذه الأحوال . فمطالبته ممكنة ، ماعدا الصلاة . وليس عليه تخفيفها ، ولا الاقتصار على أقل ما يجزىء .

ثم إن كان غائباً عن المجلس ، حاضراً فى البلد . فالأولى : أن يُشْهِدَ على الطلب ، و يبادر إلى المشترى بنفسه ، أو بوكيله .

فإن بادر هو أو وكيله من غير إشهاد : فالصحيح من المذهب : أنه على شفعته . صححه فى التلخيص ، وشرح الحارثى ، وغيرهما .

قال الحارثى : وهو ظاهر إيراد المصنف فى آخرين .

وقيل : يشترط الإشهاد . واختاره القاضى فى الجامع الصغير .

و يأتى : هل يملك الشفيع الشقص بمجرد المطالبة أم لا ؟ عند قوله « و إن مات الشفيع بطلت الشفعة » .

وأما إن تعذر الإشهاد : سقط ، بلا نزاع ، والحالة هذه . لانتفاء التقصير .

و إن اقتصر على الطلب مجرداً عن مواجهة المشترى ، قال الحارثى : فالمذهب الإجزاء .

قال : وكذلك قال أبو الحسن بن الزاغونى فى المبسوط . ونقلته من خطه . فقال : الذى نذهب إليه : أن ذلك يغنى عن المطالبة بمحضر الخصم . فإن ذلك ليس بشرط فى صحة المطالبة .

وهو ظاهر مانقله أبوطالب عن الإمام أحمد رحمه الله . وهو قياس المذهب أيضاً . وهو ظاهر كلام أبى الخطاب فى رءوس مسائله ، والقاضى أبى الحسين فى تمامه .

وصرح به فى المحرر ، لكن بقيد الإشهاد . وهو المنصوص من رواية أبى طالب والأثرم . وهذا اختيار أبى بكر .

و إيراد المصنف هنا : يقتضى عدم الإجزاء ، وأن الواجب المواجهة . ولهذا قال : فإن ترك الطلب والإشهاد لعجزه عنهما ــ كالمريض ، والمحبوس ــ فهو على شفعته .

ومعلوم أنهما لا يعجزان عن مناطقة أنفسهما بالطلب .

وقد صرح به فى العمدة . فقال : إن أخرها ــ يعنى : المطالبة ــ بطلت شفعته إلا أن يكون عاجزاً عنها لغيبة ، أو حبس ، أو مرض . فيكون على شفعته متى قدر عليها . انتهى كلام الحارثى .

قوله ﴿ فَإِنْ أَخَّرَهُ سَقَطتْ شُفْعَتُهُ ﴾ .

يعنى : على الصحيح من المذهب .

وقد تقدمت رواية : بأنه على التراخى .

قوله ﴿ إلاّ أَنْ يَعْلَمَ وَهُوَ غَائِبٌ ، فَيُشْهِدَ عَلَى الطَّلَبِ بِهَا . ثُمَّ إنْ أَخَّرَ الطَّلَبَ بَعْدَ الإِشْهَادِ عِنْدَ إِمْكَانِهِ ، أَوَلَمْ يُشْهِدْ ، لَكِنَّهُ سَارَ فِى طَلَبِهَا : فَعَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

شمل كلامه مسألتين .

إحداهما : أن يُشهد على الطلب حين يعلم ، و يؤخر الطلب بعده ، مع إمكانه . فأطلق فى سقوط الشفعة بذلك وجهين . وأطلقهما فى النظم ، والرعايتين ، والفروع والفائق ، وشرح ابن منجا .

إحداهما : لا تسقط الشفعة بذلك . وهو المذهب . نصره المصنف ، والشارح . وهو ظاهر كلام الخرقى . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الهداية ،

والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والحارثى . وقال : هذا المذهب .

والوجه الثانى : تسقط إذا لم يكن عذر . اختاره القاضى ، وابن عبدوس فى تذكرته . وهو احتمال فى الهداية .

تنبيهان

أحدهما : حكى المصنف فى المغنى ، ومن تبعه : أن السقوط قول القاضى . قال الحارثى : ولم يحكه أحد عن القاضى سواه . والذى عرفت من كلام القاضى خلافه.

ونقل كلامه من كتبه ، ثم قال : والذى حكاه فى المغنى عنه : إنما قاله فى المجرد فيما إذا لم يكن أشهد على الطلب . وليس بالمسألة . نبهت عليه خشية أن يكون أصلا لنقل الوجه الذى أورده . انتهى .

الثانى : قال ابن منجا فى شرحه : واعلم أن المصنف قال فى المغنى « و إن أخر القدوم بعد الإشهاد » بدل قوله « و إن أخر الطلب بعد الإشهاد » وهو صحيح ، لأنه لا وجه لإسقاط الشفعة بتأخير الطلب بعد الإشهاد . لأن الطلب حينئذ لا يمكن . بخلاف القدوم ، فإنه ممكن . وتأخير ما يمكن لإسقاطه الشفعة وجه . بخلاف تأخير مالا يمكن . انتهى .

وكذلك الحارثى مَثَّل بما لو تراخى السير . انتهى .

فعلى كلا الوجهين : إذا وجد عذر ، مثل أن لا يجد من يشهده ، أو وجد من لا تقبل شهادته ــ كالمرأة ، والفاسق ونحوهما ــ أو وجد من لا يقدم معه إلى موضع المطالبة : لم تسقط الشفعة .

و إن لم يجد إلا مستورى الحال فلم يشهدهما . فهل تبطل شفعته أم لا ؟ فيه احتمالان . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، والفروع .

قلت : الصواب أنها لاتسقط شفعته . لأن الصحيح من المذهب : أن شهادة مستورى الحال لاتقبل . فهما كالفاسق بالنسبة إلى عدم قبول شهادتهما . فإن أشهدهما لم تبطل شفعته ، ولو لم تقبل شهادتهما .

وكذلك إن لم يقدر إلا على شاهد واحدٍ فأشهده أو ترك إشهاده .

قال المصنف ، والشارح ، قال الحارثى : وإن وجد عدلا واحداً . فى المغنى : إشهاده وترك إشهاده سواء ، قال : وهو سهو . فإن شهادة الواحد معمول بها مع يمين الطالب . فتعين اعتبارها .

ولو قدر على التوكيل فلم يوكل ، فهل تسقط شفعته ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى الفروع .

أحدهما : لاتبطل . وهو المذهب . نصره المصنف ، والشارح .

والوجه الثانى : تبطل اختاره القاضى . وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب .

فائدة : لفظ الطالب « أنا طالب أو مطالب ، أو آخذ بالشفعة ، أو قائم على الشفعة » ونحوه مما يفيد محاولة الأخذ . لأنه محصل للغرض .

المسألة الثانية : إذا كان غائبا فسار حين علم في طلبها ، ولم يشهد ـ مع القدرة على الإشهاد ـ فأطلق المصنف فى سقوطها وجهين . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والنظم ، والرعايتين ، والفروع ، والفائق ، والحاوى الصغير ، والزركشى ، وغيرهم .

أحدهما : تسقط الشفعة . وهو المذهب . وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله فى رواية أبى طالب . واختاره الخرقى ، وابن عبدوس فى تذكرته .

قال الحارثى : عليه أكثر الأصحاب . وقدمه فى شرح الحارثى ، والمغنى ، والشرح ، ونصراه . وجزم به فى العمدة .

والوجه الثانى : لاتسقط ، بل هى باقية .

قال القاضي : إن سار عقب علمه إلى البلد الذى فيه المشترى من غير إشهاد : احتمل أن لاتبطل شفعته .

فعلى هذا الوجه : يبادر إليها بالمضى المعتاد ، بلا نزاع . ولا يلزمه قطع حمام ، وطعام ونافلة ، على الصحيح من المذهب .

وقيل : بلى . وكذا الحكم لو كان غائباً عن المجلس حاضراً فى البلد .

تنبيهان

أحدهما : قال الحارثى : حكى المصنف الخلاف وجهين . وكذا أبو الخطاب . و إنما هما روايتان .

ثم قال : وأصل الوجهين فى كلامهما احتمالان . أوردهما القاضى فى المجرد . والاحتمالان إنما أوردهما فى الإشهاد على السير للطلب . وذلك مغاير للإشهاد على الطلب حين العلم . ولهذا قال : ثم إن أخر الطلب بعد الإشهاد ، وعند إمكانه أبى السير للطلب مواجهة . فلا يصح إثبات الخلاف فى الطلب الأول ، متلقى عن الخلاف فى الطلب الثانى . انتهى .

قال الحارثى : ولم يعتبر فى المحرر إشهاداً فيما عدا هذا . والإشهاد على الطلب عنده عبارة عن ذلك . وهو خلاف ماقال الأصحاب .

وأيضاً فالإشهاد على ماقال ليس إشهاداً على الطاب فى الحقيقة ، بل هو إشهاد على فعل يتعقبه الطلب .

الثانى : استفدنا من قوة كلام المصنف : أنه إذ علم ، وأشهد عليه بالطلب ، وسار فى طلبها عند إمكانه : أنها لاتسقط . وهو صحيح .

وكذا لو أشهد عليه ، وسار وكيله . وكذا لوتراخى السير لعذر .

فوائد

إحداها : لو لقى المشترى ، فسلم عليه . ثم عقبه بالطلب . فهو على شفعته . قاله الأصحاب .

وكذا لو قال بعد السلام « بارك الله لك فى صفقتك » ذكره الآمدى ، والمصنف ، وغير واحد . وصححه فى الرعاية . وقدمه فى الفروع . وكذا لو دعا له بالمغفرة ونحوه . وفيهما احتمال تسقط بذلك .

الثانية : الحاضر المريض والمحبوس كالغائب فى اعتبار الإشهاد . فإن ترك ففى السقوط ما مر من الخلاف .

الثالثة : لو نسى المطالبة أو البيع أو جهلها . فهل تسقط الشفعة ؟ فيه وجهان. وأطلقهما فى الفروع .

قال فى المغنى : إذا ترك الطلب نسياناً له ، أو للبيع ، أو تركه جهلا باستحقاقه : سقطت شفعته . وقدمه فى الشرح .

وقاسه هو والمصنف فى المغنى على الرد بالعيب . وفيه نظر .

وفيه وجه آخر : أنها لاتسقط .

قلت : وهو الصواب .

قال الحارثى : وهو الصحيح . وقال : يحسن بناء الخلاف على الروايتين فى خيار المعتقة تحت العبد ، إذا مكنته من الوطء جهلا بملكها للفسخ ، على مايأتى .

وإن أخره جهلا بأن التأخير مسقط . فإن كان مثله لايجهله : سقطت لتقصيره ، وإن كان مثله يجهله . فقال فى التلخيص : يحتمل وجهين .

أحدهما : لاتسقط .

قال الحارثى : وهو الصحيح . وجزم به فى الرعاية ، والنظم ، والفائق .

قلت : وهو الصواب .

والوجه الثانى : تسقط .

ويأتى فى كلام المصنف « إذا باع الشفيع ملكه قبل علمه » .

ولو قال « له بكم اشتريت ؟ » أو « اشتريت رخيصاً » فهل تسقط الشفعة ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى التلخيص ، والرعاية ، والفروع .

قلت : قواعد المذهب تقتضى سقوطها مع علمه .

قوله ﴿ وَإِنْ تَرَكَ الطَّلَبَ لِكَوْنِ الْمُشْتَرِى غَيْرَهُ . فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ هُوَ : فَهُوَ عَلَى شُفْعَتِهِ ﴾ .

وهذا المذهب . جزم به فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، وابن منجا ، والتلخيص ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، وتذكرة ابن عبدوس ، وغيرهم .

وفيه وجه آخر : أنها تسقط . وأطلقهما فى الفروع .

قوله ﴿ وَإِنْ أَخْبَرَهُ مَنْ يُقْبَلُ خَبَرُهُ ، فَلَمْ يُصَدِّقْه : سَقَطَتْ شُفْعَتُهُ ﴾

إذا أخبره عدل واحد فلم يصدقه : سقطت شفعته .

على الصحيح من المذهب . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب والمستوعب ، والخلاصة ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والتلخيص ، والرعايتين ، والفائق ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

وقيل : لا تسقط . وهو وجه ذكره الآمدى ، والمجد . وصححه الناظم . وهما احتمالان لابن عقيل ، والقاضى .

قال فى التلخيص : بناء على اختلاف الروايتين فى الجرح والتعديل والرسالة : هل يقبل منها خبر الواحد أم يحتاج إلى اثنين ؟ .

قلت : الصحيح من المذهب : أنه لابد فيها من اثنين ، على ما يأتى فى باب طريق الحكم وصفته فى كلام المصنف .

والذى يظهر : أنهما ليسا مبنيان عليهما . لأن الصحيح هنا غير الصحيح هناك وأطلقهما فى المحرر ، والفروع .

تنبيهان

أحدهما : المرأة كالرجل ، والعبد كالحر ، على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

وقال القاضي : هما كالفاسق . وقدمه في الفائق .

قال الحارثي : و إلحاق العبد بالمرأة والصبي غلط . لكونه من أهل الشهادة بغير خلاف في المذهب . انتهى .

و إن أخبره مستور الحال سقطت . قدمه في الفائق .

وقيل : لا تسقط . وأطلقهما في الفروع .

و إن أخبره فاسق أو صبي : لم تسقط شفعته .

إذا علمت ذلك : فإذا ترك تكذيباً للعدل أو العدلين على ما مر : بطلت شفعته .

قال الحارثي : هذا ما أطلق المصنف هنا . وجمهور الأصحاب .

قال : و يتجه التقييد بما إذا كانت العدالة معلومة أو ظاهرة لا تخفى على مثله .

أما إن جهل ، أو كانت بمحل الخفاء أو التردد : فالشفعة باقية لقيام العذر .

هذا كله إذا لم يبلغ الخبر حد التواتر . أما إن بلغ : فتبطل الشفعة بالترك ولا بد . و إن كانوا فسقة ، على ما لا يخفى . انتهى .

التنبيه الثاني : محل ماتقدم : إذا لم يصدقه .

أما إن صدقه ، ولم يطالب بها : فإنها تسقط . سواء كان المخبر ممن لا يقبل خبره أو يقبل . لأن العلم قد يحصل بخبر من لا يقبل خبره لقرائن . قطع به المصنف والشارح وغيرهما .

قوله ﴿ أَوْ قَالَ لِلْمُشْتَرِي : بِعْنِي مَا اشْتَرَيتَ ، أَوْ صَالِحْنِي : سَقَطَتْ شُفْعَتُهُ ﴾ .

إذا قال للمشتري : بعني ما اشتريت ، أو هبه لي ، أو ائتمني عليه : سقطت

شفعته . على الصحيح من المذهب . وقطع به الأصحاب . منهم صاحب الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والنظم ، والوجيز ، وغيرهم ، والحارثى . وقال : يقوى عندى انتفاء السقوط ، كقول أشهب صاحب الإمام مالك رحمهما الله .

و إن قال : صالحنى عليه ، سقطت شفعته أيضاً ، على الصحيح من المذهب . قطع به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه فى المغنى ، والشرح . ونصراه هنا . وجزم به فى الشرح فى باب الصلح .

وكذا جزم به هناك صاحب التلخيص وغيره .

قال فى الرعايتين ، والحاويين : تسقط الشفعة فى أصح الوجهين .

وقيل : لا تسقط . اختاره القاضى ، وابن عقيل . قاله الحارثى . وأطلقهما فى المحرر ، والفروع ، والفائق هناك . وأطلقهما فى النظم أيضاً .

وتقدم ذلك فى باب الصلح .

تنبيه : محل الخلاف : فى سقوط الشفعة ، وهو واضح .

أما الصلح عنها بعوض : فلايصح . قولاً واحداً . قاله الأصحاب . وجزم به المصنف ، وغيره فى باب الصلح .

فائدة : لو قال : بعه ممن شئت ، أو وَلِّه إياه ، أو هبه له ، ونحو هذا : بطلت الشفعة .

وكذا لو قال : اكْرِنى ، أو ساقنى ، أو اكترى منه أو ساقاه .

و إن قال : إن باعنى ، و إلا فلى الشفعة . فهوكما لو قال : بعنى . قدمه الحارثى وقال : و يحتمل أنه إن لم يبعه : أنها لا تسقط .

ولو قال له المشترى : بعتك ، أو وليتك . فقبل : سقطت .

قوله ﴿ وَإنْ دَلّ فِي الْبَيْعِ أَوْ توَكّلَ لِأَحَدِ المتَبَايِعَيْنِ . فَهُوَ عَلَى شُفْعَتِهِ ﴾

و إن دل على البيع أى : صار دلالا . وهو السفير فى البيع . فهو على شفعته قولاً واحداً ، و إن توكل لأحد المتبايعين فهو على شفعته أيضاً . على الصحيح من المذهب . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والوجيز ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، وغيرهم . واختاره الشريف ، وغيره .

قال الحارثى : قال الأصحاب : لاتبطل شفعته . منهم : القاضى فى المجرد وغيره

قال فى الفروع : لاتسقط بتوكيله فى الأصح . وقدمه فى المغنى ، والشرح . ونصراه .

وقيل : تسقط الشفعة بذلك .

وقيل : لا تسقط إذا كان وكيلا للبائع .

وقيل : لا تسقط إذا كان وكيلا للمشترى . اختاره القاضى . قاله المصنف .

قال الحارثى : وحكاية القاضى يعقوب : عدم السقوط . وكذا هو فى المجرد وغيره .

وهذا وأمثاله غريب من الحارثى . فإنه إذا لم يطلع على المكان الذى نقل منه المصنف : تكلم فى ذلك ، واعترض على المصنف . وهذا غير لائق . فإن المصنف ثقة ، والقاضى وغيره له أقوال كثيرة فى كتبه . وقد تكون فى غير أماكنها

وقد تقدم له نظير ذلك فى مسائل .

قال الحارثى : ومن الأصحاب من قال فى صورة البيع : ينبنى على اختلاف الرواية فى الشراء من نفسه . إن قلنا : لا . فلا شفعة . و إن قلنا نعم . فنعم .

قوله ﴿ وَإِنْ أَسْقَطَ الشُّفْعَةَ قَبْلَ البَيْعِ لَمْ تَسْقُطْ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وشرح الحارثى ، وغيرهم .

قال الزركشي : عليه الأصحاب .

(ويَحْتَمِلُ أَنْ تَسْقُطَ) وهو رواية عن الإمام أحمد . ذكرها أبو بكر فى الشافى . واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله ، وصاحب الفائق . وأطلقهما فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، والقواعد .

قوله ﴿ وَإِنْ تَرَكَ الوَلِيُّ شُفْعَةً لِلصَّبِيِّ فِيهَا حَظٌّ : لَمْ تَسْقُطْ . وَلَهُ الأَخْذُ بِهَا إِذَا كَبِرَ . وَإِنْ تَرَكَهَا لِعَدَمِ الحَظِّ فِيهَا : سَقَطَتْ ﴾

هـذا أحد الوجوه . اختارة ابن حامد ، والشيخ تقى الدين . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والوجيز . وقدمه فى النظم .

قال الحارثى : هذا ماقاله الأصحاب .

قال الزركشى : اختاره ابن حامد . وتبعه القاضى ، وعامة أصحابه .

وقيل : تسقط مطلقا . وليس للولد الأخذ إذا كبر . اختاره ابن بطة . وكان يفتى به . نقله عنه أبو حفص . وجزم به فى المنور .

وقيل : لاتسقط مطلقا . وله الأخذ بها إذا كبر . وهو المذهب . نص عليه . وهو ظاهر كلام الخرقي.

قال فى المحرر : اختاره الخرقى .

قال فى الخلاصة : و إذا عفا ولى الصبى عن شفعته : لم تسقط . وقدمه فى المحرر ، والفائق .

قال الحارثى : هـذا المذهب عندى ، و إن كان الأصحاب على خلافه . لنصه فى خصوص المسألة ، على مابينا .

قال فى الفروع : فنصه لاتسقط . وقيل : بلى .

وقيل : مع عدم الحظ . وأطلقهن ابن حمدان فى الرعاية الكبرى ، والزركشى .

فوائد

منهـا : لو بيع شِقْص فى شركة حمل . فالأخذ له متعذر ، إذ لايدخل فى

ملـكه بذلك . قاله الحارثى ، وقدمه . قال فى القاعدة الرابعة والثمانين : ومنهـا الأخذ للحمل بالشفعة إذا مات مورثه بعد المطالبة . قال الأصحاب : لايؤخذ له .

ثم منهم : من علل بأنه لايتحقق وجوده . ومنهم : من علل بانتفاء ملـكه .

قال : و يتخرج وجه آخر بالأخذ له بالشفعة ، بناء على أن له حكما وملـكا . انتهى .

وقال فى المغنى ، والشرح : إذا ولد وكبر : فله الأخذ ، إذا لم يأخـذ له الولى كالصبى .

ومنهـا : لو أخذ الولى بالشفعة ، ولا حظ فيها : لم يصح الأخذ ، على الصحيح من المذهب والروايتين ، و إلا استقر أخذه .

ومنهـا : لوكان الأخذ أحظ للولد : لزم وليه الأخـذ . قاله المصنف ، والشارح . وقطع به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وغيرهم . ذكروه فى آخر باب الحجر .

قال الحارثى : عليه الأصحاب .

وقال الزركشى ، وقال غير المصنف : له الأخذ من غير لزوم .

وكأنه لم يطلع على ماقالوه فى الحجر فى المسألة بخصوصها .

وعلى كلا القولين يستقر أخذه . و يلزم فى حق الصبى .

ولو تركها الولى مصلحة : إما لأن الشراء وقع بأكثر من القيمة ، أو لأن الثمن يحتـاج إلى إنفاقه أو صرفه فيما هو أهم ، أو لأن موضعه لايرغب فى مثله ، أو لأن أخذه يؤدى إلى بيع ما إبقاؤه أولى ، أو إلى استقراض ثمنه ورهن ماله ، أو إلى ضرر وفتنة . ونحو ذلك : فالترك متعين .

وهل يسقط به الأخذ عند البلوغ ؟ وهو مقصود المسألة .

قال المصنف عن ابن حامد : نعم . واختاره ابن بطة ، وأبو الفرج الشيرازى . ومال إليه فى المستوعب .

قال ابن عقيل : وهو أصح عندى .

قال فى الفروع : لم يصح على الأصح .

قال القاضى فى المجرد : و يحتمل عدم السقوط ، ومال إليه . وقال : هو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله فى رواية ابن منصور . واختار الحارثى .

وقال أبو بكر فى التنبيه : يحكم للصغير بالشفعة إذا بلغ . ونحوه عبارة ابن أبى موسى . وتقدم معنى ذلك قبل ذلك .

ومنها : لو عفا الولى عن الشفعة التى فيها حظ له . ثم أراد أخذها : فله ذلك فى قياس المذهب . قاله المصنف ، والشارح .

قلت : فقد يعايى بها .

ولو أراد الولي الأخذ فى ثانى الحال ، وليس فيها مصلحة : لم يملكه . لاستمرار المانع .

و إن تجدد الحظ ، فإن قيل بعدم السقوط : أخذ . لقيام المقتضى وانتفاء المانع . و إن قيل بالسقوط : لم يأخذ بحال . لانقطاع الحق بالترك . ذكره المصنف ، وغيره .

ومنها : حكم ولى المجنون المطبق ، والسفيه : حكم ولى الصغير . قاله الأصحاب

تنبيه : المطبق : هو الذى لا ترجى إفاقته . حكاه ابن الزاغونى . وقال : هو الأشبه بالصحة ، و بأصول المذهب . لأن شيوخنا الأوائل قالوا فى المعضوب الذى يجزى أن يحج عنه : هو الذى لا يرجى برؤه .

وحكى عن قوم تحديد المطبق بالحول فما زاد ، قياساً على تر بص العُنَة .

وعن قوم التحديد بالشهر . وما نقص ملحق بالإغماء . ذكر ذلك الحارثى .

ومنها : حكم المغمى عليه ، والمجنون غير المطبق : حكم المحبوس والغائب ينتظر إفاقتهما .

ومنها : للمفلس الأخذ بها ، والعفو عنها . وليس للغرماء إجباره على الأخذ بها ، ولو كان فيها حظ . قطع به المصنف ، والشارح ، وغيرهما .

قال الحارثى : ويتخرج من إجباره على التكسب : إجباره على الأخذ إذا كان أحظ للغرماء . انتهى .

وليس لهم الأخذ بها .

ومنها : للمكاتب الأخذ والترك . وللمأذون له من العبيد : الأخذ دون الترك . وإن عفا السيد : سقطت .

ويأتى آخر الباب : هل يأخذ السيد بالشفعة من المكاتب والعبد المأذون له .

فائدة : قوله ﴿ الشَّرْطُ الرَّابِعُ : أَنْ يأْخُذَ جَمِيعَ المبيع ﴾ .

قال الحارثى : هذا الشرط كالذى قبله ، من كونه ليس شرطا لأصل استحقاق الشفعة . فإنَّ أخذ الجميع أمر يتعلق بكيفية الأخذ . والنظر فى كيفية الأخذ : فرع استقراره . فيستحيل جعله شرطا لثبوت أصله .

قال : والصواب ، أن يجعل شرطا للاستدامة ، كما فى الذى قبله . انتهى .

قوله ﴿ فإِنْ كَانَا شَفِيعَيْنِ . فَالشُّفْعَة بَيْنَهُمَا عَلَى قَدْرِ مِلْكَيْهِمَا ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه فى رواية إسحاق بن منصور . وعليه جماهير الأصحاب

قال المصنف فى المغنى ، والكافى ، والشارح ، وغيرهم : هذا ظاهر المذهب .

قال الحارثى : المذهب عند الأصحاب جميعاً : تفاوت الشفعة بتفاوت الحصص

قال فى الفائق : الشفعة بقدر الحق . فى أصح الروايتين .

قال الزركشى : هذا الصحيح المشهور من الروايتين . وجزم به ابن عقيل فى تذكرته ، وصاحب الوجيز ، وغيرهما .

وقدمه فى الفروع ، وقال : اختاره الأكثر .

قلت : منهم الخرقى ، وأبو بكر ، وأبو حفص ، والقاضى .

قال الزركشي : وجمهور أصحابه .

وعنه : الشفعة على عدد الرءوس . اختاره ابن عقيل . فقال في الفصول : هذا الصحيح عندي .

وروى الأثرم عنه الوقف في ذلك . حكاه الحارثي .

فائدة : قوله ﴿ فَإِنْ تَرَكَ أَحَدُهُما شُفْعَتَهُ : لَمْ يَكُنْ لِلآخَرِ أَنْ يَأْخُذ إِلاّ الكُلَّ أَوْ يَتْرُكَ ﴾ .

وهذا بلا نزاع . وحكاه ابن المنذر إجماعاً .

وكذا لو حضر أحد الشفعاء وغاب الباقون .

فقال الأصحاب : ليس له إلا أخذ الكل ، أو الترك .

قال الحارثي : وإطلاق نص الإمام أحمد رحمه الله ينتظر بالغالب — من رواية حنبل — يقتضي الاقتصار على حصته .

قال : وهذا أقوى . والتفريع على الأول .

فقال في التلخيص : ليس له تأخير شيء من الثمن إلى حضور الغائبين .

وحكى المصنف ، والشارح وجهين . وأطلقاهما .

أحدهما : لا يؤخر شيئاً . فإن فعل بطل حقه من الشفعة .

والوجه الثاني : له ذلك . ولا يبطل حقه . وهو ماأورده القاضي ، وابن عقيل .

فإن كان الغائب اثنين ، وأخذ الحاضر الكل ، ثم قدم أحدهما : أخذ النصف من الحاضر أو العفو .

فإن أخذ ثم قدم الآخر : فله مقاسمتهما . يأخذ من كل منهما ثلث مافي يده .

هكذا قال القاضي ، وابن عقيل ، والمصنف ، والشارح ، وغيرهم . وقدمه الحارثي .

وقال ابن الزاغوني : القادم بالخيار بين الأخذ من الحاضر ، و بين نقض

شفعته فى قدر حقه . فيأخذ من المشترى إن تراضوا على ذلك ، وإلا نقض الحاكم كما قلنا . ولم يجبر الحاضر على التسليم إلى القادم .

قال : وهذا ظاهر المذهب فيما ذكر أصحابنا . حكاه فى كتاب الشروط .

ثم إن ظهر الشقص مستحقاً : فعهدة الثلاثة على المشترى . قاله القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف ، وغيرهم .

وكلام ابن الزاغونى : يقتضى أن عهدة كل واحد ممن تسلم منه .

وإذا أخذ الحاضر الكل . ثم قدم أحدهما ، وأراد الاقتصار على حصته ، وامتنع من أخذ النصف . فقال أصحابنا : له ذلك .

فإذا أخذه ، ثم قدم الغائب الثانى . فإن أخذ من الحاضر سهمين ولم يتعرض للقادم الأول : فلا كلام . وإن تعرض ، فقال الأصحاب ـ منهم : القاضى ، والمصنف ـ له أن يأخذ منه ثلثى سهم . وهو ثلث مافى يده .

قال الحارثى : وللشافعية وجه : يأخذ الثانى من الحاضر نصف مافى يده . وهو الثلث . قال : وهو أظهر إن شاء الله .

قوله ﴿ فَإِنْ كَانَ الْمُشْتَرِى شَرِيكًا : فالشُّفْعَةُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الآخَرِ ﴾ .

مثال ذلك : أن تكون الدار بين ثلاثة . فيشترى أحدهم نصيب شريكه . فالشقص بين المشترى وشريكه . قاله الأصحاب . ولا أعلم فيه نزاعاً .

لكن قال الحارثى : عبر فى المتن عن هذا بقوله « فالشفعة بينه وبين الآخر » وكذا عبر أبو الخطاب وغيره . وفيه تجوز . فإن حقيقة الشفعة انتزاع الشقص من يد من انتقلت إليه . وهو متخلف فى حق المشترى . لأنه الذى انتقل إليه هذا .

قوله ﴿ وَإِذَا كَانَتْ دَارًا بَيْنَ اثْنَيْنِ . فَبَاعَ أَحَدُهُما نَصِيبَهُ لِأَجْنَبِيٍّ صَفْقَتَيْنِ . ثُمَّ عَلِمَ شَرِيكُهُ : فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ بِالْبَيْعَيْنِ ، وَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ بِأَحَدِهِما ﴾ .

قاله الأصحاب . منهم القاضى ، وابن عقيل ، وغيرهما . وهى تعدد العقد .

قوله ﴿ فَإِنْ أَخَذَ بِالثَّانِى شَارَكَهُ الْمُشْتَرِى فِى شُفْعَتِهِ ، فِى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ﴾ .

وهو الصحيح من المذهب . صححه فى النظم ، وشرح الحارثى ، والتصحيح . وجزم به فى المستوعب ، والتلخيص ، والفائق . وقدمه ابن رزين فى شرحه .

والوجه الثانى : لا يشاركه فيها . اختاره القاضى ، وابن عقيل .

وفيه وجه ثالث . وهو : إن عفا الشفيع عن الأول : شاركه فى الثانى .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والفروع .

قوله ﴿ وَإِنْ أَخَذَ بِهِمَا لَمْ يُشَارِكْهُ فِى شُفْعَةِ الأَوَّلِ ﴾ بلا نزاع ﴿ وَهَلْ يُشَارِكُه فِى شُفْعَةِ الثَّانِي ؟ عَلَى وَجهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والفروع ، والفائق .

أحدهما : يشاركه . صححه فى التصحيح ، والنظم .

والوجه الثانى : لا يشاركه .

قال الحارثى : وهو الأصح .

قلت : وهو الصواب .

قوله ﴿ وَإِنِ اشْتَرَى اثْنَانِ حَقّ وَاحِدٍ . فَلِلشَّفِيعِ أَخْذُ حَقِّ أَحَدِهِمَا ﴾

إذا تعدد المشترى والبائع واحد . بأن ابتاع اثنان ــ أو جماعة ــ شقصاً من واحد ، فقال ابن الزاغونى فى المبسوط : نص الإمام أحمد على أن شراء الاثنين من الواحد عقدان وصفقتان . فللشفيع إذنْ أخذ نصيب أحدهما ، وترك الباقى ، كما قال المصنف وغيره من الأصحاب . وقطع به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ،

والخلاصة ، والمغنى ، والمحرر ، والحارثى ، والشرح ، والوجيز ، والفروع ، وغيرهم من الأصحاب ، وقدمه فى الرعاية ، والفائق .

وقيل : هو عقد واحد . فلا يأخذ إلا الكل ، أو يترك .

فائدتان

إحداهما : لو اشترى الواحد لنفسه ولغيره بالوكالة شقصاً من واحد : فالحكم كذلك . لتعدد من وقع العقد له . وكذا ما لو كان وكيلاً لاثنين واشترى لهما .

وقيل : الاعتبار بوكيل المشترى . ذكره فى الرعاية .

الثانية : لو باع أحد الشريكين نصيبه من ثلاثة صفقة واحدة : فللشفيع الأخذ من الجميع ، ومن البعض .

فإن أخذ من البعض : فليس لمن عداه الشركة فى الشفعة .

وإن باع كلاً منهم على حدة ، ثم علم الشفيع . فله الأخذ من الكل ، ومن البعض .

فإن أخذ من الأول : فلا شركة للآخرين . وإن أخذ من الثانى : فلا شركة للثالث . وللأول : الشركة فى أصح الوجهين . قاله الحارثى . وجزم به فى التلخيص ، وغيره . وفى الآخر : لا .

وإن أخذ من الثالث . ففى شركة الأولين الوجهان .

وإن أخذ من الكل . ففى شركة الأول فى الثانى والثالث . والثانى فى الثالث : وجهان .

فإن قيل : بالشركة والمبيع متساوى . فالسدس الأول للشفيع ، وثلاثة أرباع الثانى وثلاثة أخماس الثالث . وللمشترى الأول ربع السدس الثانى ، وخمس الثالث . وللمشترى الثانى الخمس الباقى من الثالث .

وتصح من مائة وعشرين . للشفيع : مائة وسبعة . وللمشترى الأول : تسعة . والثانى : أربعة .

وإن قيل : بالرءوس . فللمشترى الأول : نصف السدس الثانى ، وثلث الثالث . وللثانى : الثلث الباقى من الثالث . فتصح من ستة وثلاثين . للشفيع : تسعة وعشرون . وللثانى : خمسة . وللثالث : اثنان . ذكر ذلك المصنف ، وغيره . واقتصر عليه الحارثى .

قوله ﴿ وَإِنْ اشْتَرَى وَاحِدٌ حَقَّ اثْنَيْنِ ، أَو اشْتَرَى وَاحِدٌ شِقْصَيْنِ مِنْ أَرْضَيْنِ صَفْقَةً وَاحِدَةً ، وَالشَّرِيكُ وَاحِدٌ . فَلِلشَّفِيعِ أَخْذُ حَقّ أَحَدِهِمَا فِى أَصَحِّ الوَجهَيْنِ ﴾ .

ذكر المصنف هنا مسألتين .

إحداهما : تعدد البائع ، والمشترى واحد . بأن باع اثنان نصيبهما من واحد صفقة واحدة . فللشفيع أخذ أحدهما . على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

قال الحارثى : عليه الأصحاب حتى القاضى فى المجرد . لأنهما عقدان لتوقف نقل الملك عن كل واحد من البائعين على عقد . فَمَلَكَ الاقتصار على أحدهما ، كما لو كانا متعاقبين ، أو المشترى اثنان . وجزم به فى الكافى ، والوجيز ، وغيرهما . وصححه فى الخلاصة ، وشرح حفيده ، وغيرهما . وقدمه فى الهداية ، والتلخيص ، والمغنى ، والشرح . ونصراه ، وغيرهم .

والوجه الثانى : ليس له إلا أخذ الكل ، أو الترك . اختاره القاضى فى الجامع الصغير ، ورءوس المسائل . وأطلقهما فى المحرر ، والرعاية الكبرى .

وقيل : له أخذ أحدهما هنا دون التى بعدها . جزم به فى الفنون . وقاسه على تعدد المشترى بكلام يقتضى أنه محل وفاق . وأطلقهن فى الفروع . وهى تعدد البائع .

المسألة الثانية : التعدد بتعدد المبيع ، بأن باع شقصين من دارين صفقة واحدة

من واحد . فللشفيع أخذهما جميعاً . وإن أخذ أحدهما : فله ذلك . على الصحيح من المذهب .

قال الحارثي : هذا المذهب . وجزم به في الوجيز ، وغيره . وصححه في الخلاصة ، وحفيده في شرحه ، وغيرهما . وقدمه في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والكافي ، والمغني ، والشرح ، ونصراه وغيرهم .

وهو من مفردات المذهب . جزم به ناظمها .

والوجه الثاني : ليس له أخذ أحدهما . وهو احتمال في الهداية .

قال بعضهم : اختاره القاضي في المجرد . وأطلقهما في المحرر ، والفروع ، والرعاية . وهي تعدد المبيع .

فعلى هذا الوجه : إن اختار أحدهما سقطت الشفعة فيهما . لترك البعض مع إمكان أخذ الكل ، وكما لو كان شقصاً واحداً .

تنبيه : هذا إذا اتحد الشفيع . فإن كان لكل واحد منهما شفيع : فلهما أخذ الجميع ، وقسمة الثمن على القيمة . وليس لواحد منهما الانفراد بالجميع في أصح الوجهين . ذكره المصنف ، وغيره .

نعم له الاقتصار على ما هو شريك فيه بحصته من الثمن . وافقه الآخر بالأخذ أو خالفه .

وخرج المصنف ، والشارح : انتفاء الشفعة بالكلية من مسألة الشقص ، والسيف .

فائدة : بقي معنا للتعدد صورة . وهي : أن يبيع اثنان نصيبهما من اثنين صفقة واحدة . فالتعدد واقع من الطرفين ، والعقد واحد .

قال الحارثي : ولهذا قال أصحابنا : هي بمثابة أربع صفقات . وجزم به في المغني ، والشرح .

وقالا : هي أربعة عقود . إذ عقد الواحد مع الاثنين عقدان . فللشفيع أخذ

الكل ، أو ما شاء منهما . وذلك خمسةُ أخْيِرة : أخذ الكل ، أخذ نصفه وربعه منهما . أخذ نصفه منهما . أخذ نصفه من أحدهما . أخذ ربعه من أحدهما . ذكره القاضي ، وابن عقيل ، وغيرهما .

وقيل : ذلك عقدان . قدمه في الرعاية .

قال في الفائق : ولو تعدد البائع والمبيع ، واتحد العقد والمشترى . فعلى وجهين .

قوله ﴿ وَإِنْ بَاعَ شِقْصًا وَسَيْفًا ، فَلِلشَّفِيعِ أَخْذُ الشِّقْصِ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمنِ ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . نص عليه . وعليه الأصحاب ﴿ وَيَحْتَمِلُ أَنْ لاَ يَجُوزَ ﴾ .

وهو تخريج لأبي الخطاب في الهداية ، ومن بعده . بناء على تفريق الصفقة .

فائدة : أخذ الشفيع للشقص لا يثبت خيار التفريق للمشترى . قاله في التلخيص ، وغيره . واقتصر عليه الحارثي .

قوله ﴿ وَإِنْ تَلِفَ بَعْضُ المبيع ، فَلَهُ أَخْذُ البَاقِي بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ ﴾ .

هذا المذهب مطلقاً ، وعليه الأصحاب . إلا أن ابن حامد اختار : أنه إن كان تلفه بفعل الله تعالى فليس له أخذه إلا بجميع الثمن كما نقله المصنف عنه .

فائدة : لو تعيب المبيع بعيب من العيوب المنقصة للثمن ، مع بقاء عينه . فليس له الأخذ إلا بكل الثمن ، أو الترك . قطع به المصنف في المغني ، وصاحب التلخيص ، والشارح ، وصاحب الرعايتين ، والحاوي الصغير .

وفيه وجه آخر : له الأخذ بالحصة . اختاره القاضي يعقوب .

قال الحارثي : وأظن ـ أو أجزم ـ أنه قول القاضي في التعليق . قال : وهو الصحيح .

قوله ﴿ الْخَامِسُ : أَنْ يَكُونَ لِلشَّفِيعِ مِلْكٌ سَابِقٌ . فَإِنِ اشْتَرَى اثْنَانِ دَارًا صَفْقَةً وَاحِدَةً . فَلاَ شُفْعَةَ لِأَحَدِهِمَا عَلَى صاحِبِهِ ﴾ بلا نزاع .

﴿ فَإِنْ ادَّعَى كُلٌّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السَّبْقَ ، فَتَحَالَفَا أَوْ تَعَارَضَتْ بَيِّنَتَاهُمَا فَلاَ شُفْعَةَ لَهُمَا ﴾ .

هذا المذهب فى تعارض البينتين ، على ما يأتى فى بابه .

فإن قيل باستعمالهما بالقرعة : فمن قرع حلف وقضى له .

وإن قيل باستعمالهما بالقسمة : فلا أثر لها هٰهنا ، لأن العين بينهما منقسمة إلا أن تتفاوت الشركة ، فيفيد التنصيف ، ولا يمين إذاً ، على ما يأتى إن شاء الله تعالى .

قوله ﴿ وَلاَ شُفْعَةَ بِشَرِكَةِ الوَقْفِ فِى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ﴾ .

إذا بيع طِلْق فى شركة وقف : فهل يستحقه الموقوف عليه ؟ لا يخلو : إما أن نقول يملك الموقوف عليه الوقف أو لا ؟ .

فإن قلنا يملكه — وهو المذهب على ما يأتى — فالصحيح من المذهب هنا : أنه لا شفعة له . جزم به فى الوجيز وغيره . وقطع به أيضاً ابن أبى موسى ، والقاضى وابنه ، وابن عقيل ، والشريفان — أبو جعفر ، والزيدى — وأبو الفرج الشيرازى فى آخرين . واختاره المصنف ، وغيره . وصححه فى الخلاصة ، والنظم . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والفائق .

وقال أبو الخطاب : له الشفعة .

قال الحارثي : وجوب الشفعة على قولنا بالملك : هو الحق . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

وأطلقهما فى المذهب ، والمستوعب ، والمحرر ، والكافى .

وإن قلنا : لا يملك الموقوف عليه الوقف : فلا شفعة أيضاً . على الصحيح من

المذهب . قطع به الجمهور . منهم القاضى ، وأبو الخطاب ، وصاحب المحرر ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، ومن تقدم ذكره فى المسألة الأولى ، وغيرهم وقدمه فى الرعاية الكبرى .

وقيل له : الشفعة . قال فى الرعاية الكبرى : وقيل إن قلنا : القسمة إفراز ، وجبت . وإلا فلا . انتهى .

اختار فى الترغيب إن قلنا : القسمة إفرار وجبت هى والقسمة بينهما .

فعلى هذا الأصح : يؤخذ بها موقوف جاز بيعه .

قال فى التلخيص ــ بعد أن حكى كلام أبى الخطاب المتقدم ــ ويتخرج عندى ــ وإن قلنا : يملكه فى الشفعة ــ وجهان مبنيان على أنه : هل يقسم الوقف ، والطلق أم لا ؟ .

فإن قلنا : القسمة إفراز : قسم ، وتجب الشفعة . وإن قلنا بيع فلا قسمة ولا شفعة . انتهى .

قال فى القواعد ــ بعد أن حكى الطريقتين ــ هذا كله مفرع على المذهب فى جواز قسمة الوقف من الطلق .

أما على الوجه الآخر بمنع القسمة : فلا شفعة . إذ لا شفعة فى ظاهر المذهب إلا فيما يقبل القسمة من العقار .

وكذلك بنى صاحب التلخيص الوجهين على الخلاف فى قبول القسمة . انتهى .

تنبيه : هذه الطريقة التى ذكرناها ــ وهى : إن قلنا الموقوف عليه يملك الوقف وجبت الشفعة ، أولا يملك فلا شفعة ــ هى طريقة أبى الخطاب ، وجماعة .

وللأصحاب طريقة أخرى . وهى أن الخلاف جار سواء قلنا : يملك الموقوف عليه الوقف أم لا . وهى طريقة الأكثرين . وهى طريقة المصنف هنا وغيره .

ومنهم من قال : إن قلنا بعدم الملك فلا شفعة . وإن قيل بالملك : فوجهان . وهى طريقة صاحب المحرر . واختاره فى التلخيص . لكن بناه على ماتقدم .

قوله ﴿ وَإنْ تَصَرَّفَ المشْتَرِى فِى المبيع قَبْلَ الطَّلَبِ بِوَقْفٍ أَوْ هِبَةٍ وَكَذَا بِصَدَقَةٍ : سَقَطَتْ ، وَكَذَا لَوْ أَعْتَقَهُ ﴾ .

نص عليه ، وقلنا : فيه الشفعة على ماتقدم . وهذا المذهب فى الجميع . نص عليه وعليه جماهير الأصحاب .

قال الحارثى : وقال أصحابنا : إن تصرف بالهبة أو الصدقة أو الوقف : بطلت الشفعة . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وصححه فى الخلاصة ، وغيرها . وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والمغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، وناظم المفردات . وهو منها .

فقال ـ بعد أن ذكر الوقف ، والهبة ، والصدقة :

جمهور الأصحاب على هذا النمط * والقاضى قال النص فى الوقف فقط .

وقال أبو بكر فى التنبيه ، ولو بنى حصته مسجداً كان البناء باطلا . لأنه وقع فى غير ملك تام له . هذا لفظه .

قال المصنف : القياس قول أبى بكر . واختاره فى الفائق .

قال الحارثى : وهو قوى جداً .

وقال : حكى القاضى أن أبا بكر قال فى التنبيه : الشفيع بالخيار بين أن يقره على ماتصرف و بين أن ينقض التصرف . فإن كان وقفاً على قوم فسخه ، و إن كان مسجداً نقضه ، اعتباراً به لو تصرف بالبيع .

قال : وتبعه الأصحاب عليه .

ومن ضرورته : عدم السقوط مطلقاً ، كما ذكره المصنف هنا عنه .

قال : ولم أر هذا فى التنبيه . إنما فيه ماذكرنا أولا ، من بطلان أصل التصرف و بينهما من البون مالا يخفى . انتهى .

وقال فى الفائق : وخص القاضى النص بالوقف ، ولم يجعل غيره مسقطاً . اختاره شيخنا . انتهى .

قال فى الفصول : وعنه لاتسقط . لأنه شفيع . وضعفه بوقف غصب أو مريض مسجداً .

تنبيه : قال فى القاعدة الرابعة والخمسين : صرح القاضى بجواز الوقف والإقدام عليه . وظاهر كلامه فى مسألة التحيل على إسقاط الشفعة : تحريمه . وهو الأظهر . انتهى .

قلت : قد تقدم كلام صاحب الفائق فى ذلك فى أول الباب .

فائدتان

إحداهما : لايسقط رهنه الشفعة . على الصحيح من المذهب . وإن سقطت بالوقف والهبة والصدقة . قدمه فى الفروع . ونصره الحارثى .

وقيل : الرهن كالوقف والهبة والصدقة . جزم به فى الكافى ، والمغنى والوجيز . وقدمه فى الرعاية الكبرى .

قال الحارثى : ألحق المصنف الرهن بالوقف والهبة . وهو بعيد عن نص الإمام أحمد رحمه الله . فإنه أبطل فى الصدقة والوقف بالخروج عن اليد والملك . والرهن غير خارج عن الملك . فامتنع الإلحاق . انتهى .

وقال فى الفائق : وخص القاضى النص بالوقف . ولم يجعل غيره مسقطاً .

اختاره شيخنا ـ يعنى الشيخ تقى الدين رحمه الله .

وكلام الشيخ ـ يعنى به المصنف ـ يقتضى مساواة الرهن والإجارة وكل عقد لاتجب الشفعة فيه للوقف .

قال ـ يعنى المصنف ـ : ولو جعله صداقاً أو عوضاً عن خلع : انبنى على الوجهين فى الأخذ بالشفعة . انتهى .

وقدم فى الرعاية سقوطها بإجارة وصدقة .

الثانية : لو أوصى بالشقص . فإن أخذ الشفيع قبل القبول : بطلت الوصية واستقر الأخذ . ذكره المصنف ، والشارح ، والحارثي ، وغيرهم .

و إن طلب ولم يأخذ بعد : بطلت الوصية أيضاً ، و يدفع الثمن إلى الورثة . لأنه ملكهم . و إن كان الموصى له قَبِلَ قَبْلَ أخذ الشفيع أو طلبه : فكما مر فى الهبة . تنقطع الشفعة بها على المذهب .

قال الحارثى : وعلى المحكى عن أبى بكر ـ و إن كان لايثبت عنه ـ لاتنقطع ، وهو الحق . انتهى .

وهو مقتضى إطلاق المصنف فى المغنى .

قوله ﴿ وَإنْ بَاعَ فَلِلشَّفِيعِ الأَخْذُ بِأَىِّ البَيْعَيْنِ شَاءَ ﴾ .

هذا المذهب بلا ريب . والمشهور عند الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وقال ابن أبى موسى : يأخذه ممن هو فى يده . وهو ظاهر كلام ابن عقيل فى التذكرة . لأنه قال : إذا خرج من يده وملكه ، كيف يسلم ؟ .

وقيل : البيع باطل . وهو ظاهر كلام أبى بكر فى التنبيه . قاله فى القاعدة الرابعة والعشرين .

وقال فى آخر القاعدة الثالثة والخمسين : وذكر أبو الخطاب أن تصرف المشترى فى الشقص المشفوع يصح ، و يقف على إجازة الشفيع .

قوله ﴿ وَإنْ فُسِخَ البَيْعُ بِعَيْبٍ أَوْ إقَالَةٍ فَلِلشَّفِيعِ : أَخْذُهُ إذَا تَقَايَلا الشِّقْصَ . ثُمَّ عَلِمَ المشْتَرِى ، إنْ قُلْنَا : الإقَالَةُ بَيْعٌ . فَلَهُ الأَخْذُ مِنْ أَيِّهِمَا شَاءَ ﴾

فإن أخذ من المشترى نقض الإقالة ليعود الشقص إليه . فيأخذ منه . و إن قلنا فسخ : فله الشفعة أيضاً . على الصحيح من المذهب .

قال الحارثى : ذكره الأصحاب ـ القاضى ، وأبوالخطاب ـ وابن عقيل ، والمصنف فى آخرين . انتهى .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والنظم ، والمغنى ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم وقدمه فى الفروع ، وغيره .

قال الحارثى : ثم ذكر القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف فى كتابيه : أنه يفسخ الإقالة ، ليرجع الشقص إلى المشترى فيأخذ منه .

قال المصنف : لأنه لا يمكنه الأخذ معها .

وقال ابن أبى موسى : للشفيع انتزاعه من يد البائع .

قال الحارثى : والأول أولى . لأن الاستشفاع الانتزاع من يد المشترى . وهذا معنى قوله « لا يمكن الأخذ معها » .

وقد نص الإمام أحمد رحمه الله فى رواية ابن الحكم على بطلان الشفعة .

وحمله القاضى على أن الشفيع عفا ولم يطالب . وتبعه ابن عقيل .

قال فى المستوعب : وعندى أن الكلام على ظاهره . ومتى تقايلا قبل المطالبة بالشفعة : لم تجب الشفعة . وكذا قال صاحب التلخيص ، وزاد : فيكون على روايتين .

قال الحارثى : والبطلان هو الذى يصح عن الإمام أحمد رحمه الله .

فائدة : لو تقايلا بعد عفو الشفيع ، ثم عنّ له المطالبة : ففى المجرد والفصول إن قيل : الإقالة فسخ ، فلا شىء له . وإن قيل : هى بيع ، تجددت الشفعة . وأخذ من البائع لتجدد السبب . فهو كالعود إليه بالبيع الصريح . واقتصرعليه الحارثى .

وإن فسخ البيع بعيب قديم ، ثم علم الشفيع وطالب مقدما على العيب . فقال المصنف هنا : له الشفعة . وكذا قال الأصحاب : القاضى ، وأبو الخطاب ، وابن عقيل فى آخرين .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والنظم ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى المستوعب ، والتلخيص ، والفروع ، وغيرهم .

وعنه ليس له الأخذ إذا فسخ بعيب . ذكره فى المستوعب ، والتلخيص ، أخذاً من نصه فى رواية ابن الحكم فى المقايلة .

وأكثرهم حكاه قولاً ، ومال إليه الحارثى .

فوائد

منها : لو باع شقصاً بعبد ، ثم وجد العبد معيباً . فقال فى المغنى ، والمجرد ، والفصول ، وغيرهم : له رد العبد واسترجاع الشقص . ولا شىء للشفيع . واختار الحارثى ثبوت الشفعة له . انتهى .

قال الأصحاب : و إن أخذ الشفيع الشقص : ثم وجد البائع العيب : لم يملك استرداد الشقص . لأنه يلزم عنه بطلان عقد آخر .

قلت : فيعايى بها .

ولكن يرجع بقيمة الشقص . والمشترى قد أخذ من الشفيع قيمة العبد . فإن ساوت قيمة العبد فذاك . و إن زادت إحداهما على الأخرى . ففى رجوع باذل الزيادة من المشترى والشفيع على صاحبه وجهان . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح .

أحدهما : يرجع بالزيادة . وهو الصحيح من المذهب . اختاره القاضى ، وابن عقيل والمجد . وجزم به فى الكافى . وصححه فى الفروع .

والوجه الثانى : لايرجع .

و إن عاد الشقص إلى المشترى بعد دفع قيمته ببيع أو إرث أو هبة أو غيرها . ففى المجرد ، والفصول : لا يلزمه الرد على البائع ، ولا للبائع استرداده .

قال فى المغنى ، والشرح : ليس للشفيع أخذه بالبيع الأول . انتهيا .

و إن أخذ البائع الأرش ولم يرد . فإن كان الشفيع أخذ بقيمته صحيحاً ، فلا رجوع للمشترى عليه . و إن أخذ بقيمته معيباً ، فللمشترى الرجوع بما أدى من الأرش . ذكره الأصحاب .

ولو عفا البائع مجاناً بالقيمة صحيحاً . ففى المغنى ، والشرح : لايرجع الشفيع على المشترى بشىء . واقتصر عليه الحارثى .

وقيل : يرجع على المشترى بالأرش . وأطلقهما فى الفروع .

ومنها : لو اشترى شقصاً بعبد أو بثمن معين ، وظهر مستحقاً : فالبيع باطل ، ولا شفعة . وعلى الشفيع رد الشقص إن أخذه . و إن ظهر البعض مستحقاً بطل البيع فيه . وفى الباقى روايتا تفريق الصفقة .

ومنها : لو كان الشراء بثمن فى الذمة ونقده ، فخرج مستحقاً : لم يبطل البيع ، والشفعة بحالهـا . و يرد الثمن إلى مالـكه . وعلى المشـترى ثمن صحيح . فإن تعذر لإعسار أو غيره . ففى المغنى ، والشرح : للبائع فسخ البيع . و يقدم حق الشفيع .

ومنها : لو كان الثمن مكيلا أو موزوناً ، فتلف قبل قبضه بطل البيع ، وانتفت الشفعة . فإن كان الشفيع أخذ الشفعة لم يكن لأحد استرداده . ذكره المصنف ، والشارح .

ومنها : لو ارتد المشترى ، وقتل أو مات . فللشفيع الأخذ من بيت المال . قاله الشارح : واقتصر عليه الحارثى .

قوله ﴿ أَوْ تَحَالَفَا ﴾ .

يعنى إذا اختلف المتبايعان فى قدر الثمن ــ ولا بينة ــ وتحالفا ، وتفاسخا ، فلا يخلو : إما أن يكون قبل أخذ الشفيع أو بعده .

فإن كان قبل أخذ الشفيع ــ وهى مسألة المصنف ــ فللشفيع الأخذ . هذا المذهب ، وعليه الأصحاب . وقطعوا به .

قال الحارثى : و يتخرج انتفاء الشفعة من مثله فى الإقالة والرد بالعيب ، على الرواية المحـكية وأولى .

فعلى المذهب : يأخذه بما حلف عليه البائع . لأنه مقر بالبيع بالثمن الذى حلف عليه ، ومقر له بالشفعة ، و إن وجد التفاسخ بعد أخذ الشفيع أقر بيد الشفيع ، وكان عليه للبائع ما حلف عليه .

تنبيه : ظاهر قوله ﴿ وَإِنْ أَجَّرَهُ أَخَذَهُ الشَّفِيعُ . وَلَهُ الأُجْرَةُ مِنْ يَوْمِ أَخْذِهِ ﴾ .

أن الإجارة لا تنفسخ ، ويستحق الشفيع الأجرة من يوم أخـذه بالشفعة ، وهو أحد الوجوه .

جزم به فى الشرح ، وشرح ابن منجا ، والنظم .

قال الحارثى : وفيه إشكال .

والوجه الثانى : تنفسخ من حين أخذه . وهو المذهب . جزم به فى المحرر ، والمنور ، وتذكرة ابن عبدوس . وقدمه فى الفروع ، والرعايتين .

قال فى الفروع ، وفى الإجارة فى الكافى : الخلاف فى هبة . انتهى . وأطلقهما فى الحاوى الصغير .

والوجه الثالث : للشفيع الخيار بين فسخ الإجارة وتركها .

قال فى القاعدة السادسة والثلاثين : وهو ظاهر كلام القاضى فى خلافه فى مسألة إعارة العارية . قال : وهو أظهر . انتهى .

قال الحارثى : ويتخرج من الوجه الذى نقول : تتوقف صحة الإجارة على إجازة البطن الثانى فى الوقف ، إجازة الشفيع هنا . إن أجازه : صح . وإلا بطل فى حقه بالأولى . قال : وهذا أقوى . انتهى .

وأطلق الأوجه الثلاثة فى القواعد . ولم يذكر الوجه الثالث فى الفروع .

قوله ﴿ وَإِنِ اسْتَغَلَّهُ فَالْغَلَّةُ لَهُ ﴾ بلا نزاع .

وإن أخذه الشفيع وفيه زرع ، أو ثمرة ظاهرة : فهى للمشترى ، مبقاة إلى الحصاد والجداد . يعنى بلا أجرة . وهذا المذهب .

قال المجد فى شرح الهداية : هذا أصح الوجهين لأصحابنا . وجزم به فى المغنى والشرح ، وشرح ابن منجا ، والتلخيص ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والنظم ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، وشرح الحارثى .

وقيل : تجب فى الزرع الأجرة ، من حين أخذ الشفيع . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

قال ابن رجب فى القواعد : وهو أظهر .

قلت : وهو الصواب .

وهذا الوجه ذكره أبو الخطاب فى الانتصار .

قال فى الفروع : فيتوجه منه تخريج فى الثمرة .

قلت : وهو ظاهر بحث ابن منجا فى شرحه .

قال الحارثى ـ لما علل بكلامه فى المغنى ـ وهذا بالنسبة إلى وجوب الأجرة للشفيع فى المؤجر مشكل جداً . فينبغى أن يخرج وجوب الأجرة هنا من وجوبها هناك .

تنبيه : مفهوم قوله ﴿ أَوْ ثَمَرَةٌ ظَاهِرَةٌ ﴾ .

أن ما لم يظهر يكون ملكا للشفيع . وذلك كالشجر إذا كبر ، والطلع إذا لم يؤبر ، ونحوهما . وهو كذلك . قاله الأصحاب . منهم القاضى فى المجرد ، وابن عقيل فى الفصول ، والمصنف فى الكافى ، والمغنى ، والشرح ، وغيرهم .

فائدة : لو تأبر الطلع المشمول بالبيع فى يد المشترى : كانت الثمرة له . على الصحيح من المذهب . قطع به فى المغنى ، والشرح ، وغيرهما . وقدمه الحارثى ، وفيه وجه : هى للشفيع .

قوله ﴿ وَإِنْ قَاسَمَ الْمُشْتَرِى وَكِيلَ الشَّفِيعِ ، أَوْ قَاسَمَ الشَّفِيعَ لِكَوْنِهِ أَظْهَرَ لَهُ زِيَادَةً فِى الثَّمَنِ ، أَوْ نَحْوَهُ ، وَغَرَسَ ، أَوْ بَنَى : فَلِلشَّفِيعِ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ قِيمَةَ الغِرَاسِ وَالْبِنَاءِ ، وَيَمْلِكَهُ ، أَوْ يَقْلَعَهُ ، وَيَضْمَنَ النَّقْصَ ﴾ .

إذا أبى المشترى أخذ غرسه و بنائه : كان للشفيع أخذ الغراس والبناء ، والحالة هذه . وله القلع ، وضمان النقص ، على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وقطع به كثير منهم . وقدمه فى الفروع وغيره .

قال فى الانتصار : أو أقره بأجرة . فإن أبى فلا شفعة .

قال الحارثى : إذا لم يقلع المشترى : فى الكتاب تخيير الشفيع بين أخذ الغراس والبناء بالقيمة ، و بين قلعه وضمان نقصه . وهذا ما قاله القاضى وجمهور أصحابه

قال : ولا أعرفه نقلا عن الإمام أحمد رحمه الله . و إنما المنقول عنه روايتا التخيير من غير أرش .

والأخرى ــ وهى المشهورة عنه ــ : إيجاب القيمة من غير تخيير . وهو ما ذكره الخرقى ، وابن أبى موسى ، وابن عقيل فى التذكرة ، وأبو الفرج الشيرازى . وهو المذهب .

زاد ابن أبى موسى : ولا يؤمر المشترى بقلع بنائه . انتهى .

قال فى الفروع : ونقل الجماعة : له قيمة البناء ، ولا يقلعه .

ونقل سندى : أله قيمة البناء ، أم قيمة النقص ؟ قال : لا ، قيمة البناء .

فائدة : إذا أخذه بالقيمة . قال الحارثى : يعتبر بذل البناء أو الغراس بما يساويه حين التقويم ، لا بما أنفق المشترى ، زاد على القيمة أو نقص . ذكره أصحابنا . انتهى .

وقال فى المغنى ، وتبعه الشارح : لا يمكن إيجاب قيمته باقياً . لأن البقاء غير مستحق . ولا قيمته مقلوعاً . لأنه لو كان كذلك ، لملك القلع مجانا . ولأنه قد يكون لا قيمة له إذا قلع .

قالا : ولم يذكر أصحابنا كيفية وجوب القيمة .

والظاهر : أن الأرض تقوم مغروسة ومبنية ، ثم تقوم خالية . فيكون ما بينهما قيمة الغرس والبناء . وجزم بهذا ابن رزين فى شرحه .

قال المصنف ، والشارح : ويحتمل أن يقوم الغرس والبناء مستحقاً للترك بالأجرة ، أو لأخذه بالقيمة ، إذا امتنعا من قلعه . انتهيا .

قوله «فَإِنِ اخْتَارَ أَخْذَهُ فَأَرَادَ المشْتَرِى ـ وَهُوَ صَاحِبُه ـ قَلْعَه : فَلَهُ ذَلِكَ ، إذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ ضَرَرٌ» .

هذا أحد الوجهين . اختاره المصنف ، والشارح .

وجزم به الخرقى ، وابن عقيل فى التذكرة ، والأدمى البغدادى ، وابن منجا فى شرحه ، وصاحب الوجيز .

والصحيح من المذهب : أن له القلع ، سواء كان فيه ضرر أو لا . وعليه أكثر الأصحاب .

قال الحارثى : ولم يعتبر القاضى وأصحابه الضرر وعدمه .

قال الزركشى : وهو ظاهر كلام الأكثرين . بل الذى جزموا به : له ذلك . سواء أضر بالأرض ، أو لم يضر . انتهى .

وقدمه فى الفروع ، والتلخيص ، والفائق .

تنبيه : قال الحارثى : وهذا الخلاف الذى أورده من أورده من الأصحاب مطلقا : ليس بالجيد . بل يتعين تنزيله : إما على اختلاف حالين . وإما على ماقبل الأخذ . وإنما أورده القاضى ، وابن عقيل فى الفصول ، على هذه الحالة لا غير .

وحيث قيل باعتبار عدم الضرر . ففيما بعد الأخذ ، وهو ظاهر ما أورده فى التذكرة .

فائدتان

إحداهما : لو قلعه المشترى ، وهو صاحبه : لم يضمن نقص الأرض . على الصحيح من المذهب . اختاره القاضى وغيره .

قال فى الفروع : لايضمن نقص الأرض فى الأصح . وقدمه فى الشرح ، والفائق . وجزم به فى الكافى . وعلله بانتفاء عدوانه ، مع أنه جزم فى باب العارية بخلافه .

وقيــل : يلزمه . وهو ظاهر كلام الخرقى . ومال إليه الحارثى . وقال : والــكلام فى تسوية الحفر : كالــكلام فى ضمان أرش النقص . وأطلقهما فى القاعدة الثامنة والسبعين .

الثانية : يجوز للمشــترى التصرف فى الشقص الذى اشتراه بالغرس والبناء فى الجملة . وهو ظاهر كلام الأصحاب .

قال فى رواية سندى : ليس هذا بمنزلة الغاصب .

وقال فى رواية حنبل : لأنه عمّر . وهو يظن أنه ملــكه ، وليس كما إذا زرع بغير إذن أهله .

قال الحارثى : إنمــا هذا بعد القسمة والتمييز ، ليــكون التصرف فى خالص ملــكه . أما قبل القسمة : فلا يملك الغرس والبناء . وللشفيع إذاً قلع الغرس والبناء مجاناً للشركة ، لا للشفعة . فإن أحد الشريكين إذا انفرد بهذا التصرف كان للآخر القلع مجاناً .

قال جعفر بن محمد : سمعت أبا عبد الله يُسأل عن رجل غرس نخلا فى أرض بينه و بين قوم مشاعاً ؟ قال : إن كان بغير إذنهم قلع نخله . انتهى .

قلت : وهذا لاشك فيه .

قوله ﴿ وَإِنْ بَاعَ الشَّفِيعُ مِلْــكَهُ قَبْلَ العِلْمِ : لَمْ تَسْقُطْ شُفْعَتُهُ فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ﴾ .

وهو المذهب . اختاره أبو الخطاب ، وابن عبدوس فى تذكرته .

قال الحارثى : هذا أظهر الوجهين .

وصححه فى التصحيح ، والنظم . وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة .

والثاني : تسقط . اختاره القاضى فى المجرد . وأطلقهما فى التلخيص ، والمحرر ، والشرح ، والرعاية ، والفروع ، والفائق .

فعلى المذهب : للبائع الثانى ـ وهو الشفيع ـ أخذ الشقص من المشترى الأول .

فإن عفا عنه : فللمشترى الأول أخذ الشقص من المشترى الثانى .

فإن أخذ منه : فهل للمشترى الأخذ من الثانى ؟ على الوجهين . وهو قوله « وللمشترى الشفعة فيما باعه الشفيع . فى أصح الوجهين » وهو المذهب . صححه المصنف ، والشارح ، والناظم ، وصاحب الفائق . وجزم به فى الوجيز .

والوجه الثانى : لا شفعة له . وأطلقهما فى شرح الحارثى .

وعلى الوجه الثانى ، فى المسألة الأولى : لا خلاف فى ثبوت الشفعة للمشترى الأول على المشترى الثانى فى مبيع الشفيع . لسبق شركته على المبيع ، واستقرار ملكه .

تنبيه : مفهوم كلامه : أن الشفيع لو باع ملكه بعد علمه : أن شفعته تسقط . وهو صحيح ، لا خلاف فيه أعلمه .

لكن لو باع بعضه عالماً . ففى سقوط الشفعة وجهان . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والفائق .

أحدهما : تسقط .

والثانى : لا تسقط . لأنه قد بقى من ملكه مايستحق به الشفعة فى جميع المبيع لو انفرد . فكذلك إذا بقى .

قال الحارثى : وهو أصح إن شاء الله تعالى . لقيام المقتضى . وهو الشركة وللمشترى الأول الشفعة على المشترى الثانى فى المسألة الأولى .

وفى الثانية : إذا قلنا بسقوط شفعة البائع الأول ، وإن قلنا : لاتسقط شفعة البائع . فله أخذ الشقص من المشترى الأول .

وهل للمشترى الأول شفعة على المشترى الثانى ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح .

أحدهما : له الشفعة .

قال المصنف فى المغنى : وهو القياس .

والوجه الثاني : لاشفعة له .

فعلى الأول : للمشترى الأول الشفعة على المشترى الثانى ، سواء أخذ منه المبيع بالشفعة أو لم يأخذ . وللبائع الثانى -إذا باع بعض الشقص- الأخذ من المشترى الأول فى أحد الوجهين . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح .

فائدة : لو باع بعض الحصة جاهلاً . فإن قيل بالشفعة فيما لو باع الكل فى هذه الحال . فلا كلام . و إن قيل بسقوطها فيه : فهنا وجهان . أوردهما القاضى ، وابن عقيل .

وجههما : ماتقدم فى أصل المسألة .

قال الحارثى : والأصح جريان الشفعة بالأولى .

قوله ﴿ وَإِنْ مَاتَ الشَّفِيعُ : بَطَلَتِ الشُّفْعَةُ ، إلاَّ أَنْ يَمُوتَ بَعْدَ طَلَبِهَا فَتَكُونُ لِوَارِثِهِ ﴾ .

إذا مات الشفيع فلا يخلو : إما أن يكون قد مات قبل طلبها أو بعده .

فإن مات قبل طلبها : لم يستحق الورثة الشفعة . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . ونص عليه مراراً .

قال فى القواعد الفقهية : لاتورث مطالبة الشفعة من غير مطالبة ربها . على الصحيح من المذهب . وله مأخذان .

أحدهما : أنه حق له : فلا يثبت بدون مطالبته . ولو علمت رغبته من غير مطالبته لكفى فى الإرث . ذكره القاضى فى خلافه .

والمأخذ الثانى : أن حقه سقط بتركه و إعراضه ، لاسيما على قولنا : إنها على الفور .

فعلى هذا : لو كان غائباً فللورثة المطالبة . وليس ذلك على الأول . انتهى .

وقيل : للورثة المطالبة . وهو تخريج لأبي الخطاب .

ونقل أبو طالب : إذا مات صاحب الشفعة ، فلولده أن يطلبوا الشفعة لمورثهم

قال في القواعد : وظاهر هذا : أن لهم المطالبة بكل حال . انتهى .

وإن مات بعد أن طالب بها : استحقها الورثة . وهو المذهب . وعليه الأصحاب . ولا أعلم فيه خلافاً .

وقد توقف في رواية ابن القاسم ، وقال : وهو موضع نظر .

وتقدم نظير ذلك في آخر فصل خيار الشرط .

قال الحارثي : ثم من الأصحاب من يعلل بإفادة الطلب للملك . فيكون الحق موروثاً بهذا الاعتبار . وهي طريقة القاضي ، وأبي الخطاب ، ومن وافقهما على إفادة الملك .

ومنهم من يعلل بأن الطلب مقرر للحق . ولهذا لم تسقط بتأخير الأخذ بعده وتسقط قبله . وإذا تقرر الحق وجب أن يكون موروثاً . وهي طريقة المصنف ، ومن وافقه على أن الطلب لا يفيد الملك . وهو مقتضى كلام الإمام أحمد رحمه الله .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف : أن الشفيع لا يملك الشقص بمجرد المطالبة . وهو أحد الوجوه . فلا بد للتملك من أخذ الشقص ، أو يأتي بلفظ يدل على أخذه بعد المطالبة . بأن يقول « قد أخذته بالثمن » أو « تملكته بالثمن » ونحو ذلك . وهو اختيار المصنف ، والشارح . وقدمه الحارثي ، ونصره .

وقال : اختاره المصنف ، وغيره من الأصحاب .

وقيل : يملكه بمجرد المطالبة إذا كان مليئاً بالثمن . وهو المذهب . اختاره القاضي ، وأبو الخطاب ، وابن عبدوس في تذكرته . وقدمه في الفروع ، والمستوعب ، والرعايتين ، والحاوي الصغير .

قال الحارثي : وهو قول القاضي ، وأكثر أصحابه ، وصاحب التلخيص .

فيصح تصرفه قبل قبضه فيه .

وقيل : لا يملكه إلا بمطالبته وقبضه .

وقيل : لا يملكه إلا بحكم حاكم . اختاره ابن عقيل . وقطع به فى تذكرته .

قال الحارثى : ويحصل الملك بحكم الحاكم أيضاً . ذكره ابن الصيرفى فى نوادره . وقال به غير واحد . انتهى .

وقيل : لا يملكه إلا بدفع ثمنه ، مالم يصبر مشتريه واختاره ابن عقيل أيضاً . حكاه فى المستوعب ، والتلخيص .

قال فى القواعد : ويشهد له نص الإمام أحمد رحمه الله : إذا لم يحضر المال مدة طويلة . بطلت شفعته .

وقال فى الرعاية : الأصح أن له التصرف قبل قبضه وتملكه .

وقال فى التلخيص ، والترغيب : المشترى حبسه على ثمنه . لأن الملك بالشفعة قهرى ، كالميراث ، والبيع عن رضى .

ويخالفه أيضاً فى خيار الشرط . وكذا خيار مجلس من جهة شفيع بعد تملكه . لنفوذ تصرفه قبل قبضه بعد تملكه بإرث .

تنبيه : قوله ﴿ وَيَأْخُذُ الشَّفِيعُ بِالثَّمَنِ الَّذِى وَقَعَ عَلَيْهِ العَقْدُ ﴾ .

قال الحارثى : فيه مضمر حذف اختصاراً . وتقديره : مثل الثمن ، أو قدره . لأن الأخذ بعين الثمن المأخوذ به للمشترى غير ممكن . فتعين الإضمار .

وإذن فالظاهر إرادة الثانى ، وهو القدر . لأنه تعرض لوصف التأجيل ، والمثلية ، والتقويم فيما بعد . فلو كان المثل مراداً : لكان تكريراً . لشمول « المثل » للصفة والذات . انتهى .

فوائد

منها : تنتقل الشفعة إلى الورثة كلهم على حسب ميراثهم . ذكره غير واحد منهم المصنف ، والشارح ، والسامرى ، وابن رجب ، وغيرهم .

ومنها : لا فرق فى الوارث بين ذوى الرحم والزوج والمولى و بيت المال . فيأخذ الإمام بها . صرح به الأصحاب . قاله فى القاعدة التاسعة والأربعين بعد المائة .

ومنها : إشهاد الشفيع على الطلب حالة العذر يقوم مقام الطلب فى الانتقال إلى الورثة .

ومنها : شفيعان فى شقص . عفا أحدهما ، وطالب الآخر ، ثم مات . فورثه العافى : له أخذ الشقص بالشفعة . ذكره المصنف ، وغيره .

قال المصنف : وكذا لو قذف رجل أمهما الميتة . فعفا أحدهما ، وطالب الآخر ثم مات . فورثه العافى : كان له استيفاء الحد بالنيابة عن أخيه ، إذا قيل بوجوب الحد بقذفها .

قوله ﴿ وَإِنْ عَجَزَ عَنْهُ أَوْ عَنْ بَعْضِهِ : سَقَطَتْ شُفْعَتُهُ ﴾ .

ولو أتى برهن أو ضامن : لم يلزم المشترى . ولكن ينظر ثلاثا . على الصحيح من المذهب ﴿ حَتَّى يَتَبَيَّنَ عَجْزُه ﴾ .

نص عليه . وجزم به فى الرعاية الصغرى ، والمحرر ، والحاوى الصغير ، والنظم ، وتذكرة ابن عبدوس . وقدمه فى الفروع ، والحارثى .

وعنه : لاينظر إلا يومين . جزم به فى المغنى ، والشرح ، والتلخيص ، والمستوعب

وعنه : يرجع فى ذلك إلى رأى الحاكم .

قلت : وهذا الصواب فى وقتنا هذا .

فإذا مضى الأجل : فسخ المشترى . على الصحيح من المذهب . اختاره القاضى ، والمصنف .

قال الحارثى : وهو أصح . وقدمه فى الفروع .

وقيل : إنما يفسخه الحاكم . قدمه فى الشرح ، و الرعاية ، والفائق .

وقيل : يتبين بطلانه . اختاره ابن عقيل .

قال الحارثى : والمنصوص من رواية الجمال : بطلان الشفعة مطلقا . وهو ماقال في التلخيص ، والمحرر .

فوائد

الأولى : المذهب أن الأخذ بالشفعة نوع بيع . لأنه دفع مال لغرض التملك . ولهذا اعتبر له العلم بالشقص و بالثمن . فلا يصح مع جهالتهما . ذكره المصنف ، وغيره

قال : وله المطالبة بالشفعة مع الجهالة . ثم يتعرف مقدار الثمن . وذكر احتمالا بجواز الأخذ مع جهالة الشقص ، بناء على جواز بيع الأعيان الغائبة .

الثانية : قال المصنف ، وغيره : إذا أخذ بالشفعة لم يلزم المشترى تسليم الشقص حتى يقبض الثمن . وقاله فى التلخيص ، وغيره . وفرق بينه و بين البيع .

الثالثة : لو تسلم الشقص والثمن فى الذمة ، فأفلس . فقال المصنف ، وغيره : المشترى مخير بين الفسخ والضرب مع الغرماء بالثمن ، كالبائع إذا أفلس المشترى .

الرابعة : فى رجوع شفيع بأرش على مشترى عفا عنه بائع : وجهان . وأطلقهما فى الرعاية ، والفروع .

قلت : الصواب عدم الرجوع . وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب . ثم وجدته فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن رزين ، والحارثى . قطعوا بذلك .

وتقدم ذلك بعد قوله « و إن فسخ البيع بعيب أو إقالة » .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ مُؤَجَّلاً : أَخَذَهُ الشَّفِيعُ بِالأَجَلِ إِنْ كَانَ مَلِيئًا ، وَإِلاَّ أَقَامَ كَفِيلاً مَلِيئًا وَأَخَذَ بِهِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . ونص عليه .

لكن شرط القاضى فى الجامع الصغير ، وغيره ، وولده أبو الحسين ، والقاضى يعقوب ، وأبو الحسن بن بكروس : وصف « الثقة » مع « الملاءة » فلا يستحق بدونهما .

قال الحارثى : وليس ببعيد من النص .

فائدة : لو أخذ الشفيع بالأجل ، ثم مات هو أو المشترى ـ وقلنا : يحل الدين بالموت ـ حل الثمن عليه ، ولم يحل على الحى منهما . ذكره المصنف وغيره .

فائدة : قال الحارثى : إطلاق قول المصنف « إن كان مؤجلا أخذه بالأجل إن كان مليئاً » يفيد مالو لم يتفق طلب الشفيع إلا عند حلول الأجل أو بعده ، أن يثبت له استئناف الأجل . وقطع به ونصره .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ الثَّمَنُ عَرَضًا : أَعْطَاهُ مِثْلَهُ ، إِنْ كَانَ ذَا مِثْلٍ ، وَإِلاّ قِيمَتُهُ ﴾ .

اعلم أن الثمن لايخلو : إما أن يكون مثلياً ، أو متقوماً . فإن كان مثلياً : انقسم إلى نقد وعرض . وأيًّا ما كان فالمماثلة فيه تتعلق بأمور .

أحدها : الجنس . فيجب مثله من الجنس : كالذهب ، والفضة ، والحنطة ، والشعير ، والزيت ، ونحوه . وإن انقطع المثل حالة الأخذ : انتقل إلى القيمة . كما فى الغصب . حكاه ابن الزاغونى محل وفاق .

وفى أصل المسألة رواية : أنه يأخذ بقيمة المكيل والموزون ، تعذر المثل أو لا

وأما المذروع ـ كالثياب ـ فقال ابن الزاغونى فى شروطه : القول فيه كالقول فى المكيل والموزون . إلا أن القول فيههنا مبنى على السلم فيه . فحيث صححنا السلم فيه : أخذ مثلها ، إلا على الرواية فى أنها مضمونة بالقيمة فيأخذ الشفيع بالقيمة .

وحيث قلنا : لا تصح بأخذ القيمة ، والأولى : القيمة . انتهى .

قال الحارثى : والقيمة اختيار المصنف ، وعامة الأصحاب .

وأما المعدود ـ كالبيض ونحوه ـ فقال ابن الزاغونى : ينبنى على السلم فيه . إن قيل بالصحة : ففيه ما فى المكيل ، والموزون . وإلا فالقيمة .

الثانى : المقدار ، فيجب مثل الثمن قدراً من غير زيادة ولا نقص . فإن وقع

العقد على ما هو مقدر بالمعيار الشرعى فذاك . و إن كان بغيره ـ كالبيع بألف رطل من حنطة ـ فقال فى التلخيص : ظاهر كلام أصحابنا : أنه يكال و يدفع إليه مثل مكيله ، لأن الربويات تماثلها بالمعيار الشرعى . وكذلك إقراض الحنطة بالوزن . قال : يكفى عندى الوزن هنا . إذ المبذول فى مقابلة الشقص وقدر الثمن : معياره لا عوضه . انتهى .

تنبيه : تقدم فى الحيل : إذا جهل الثمن ما يأخذ .

الثالث : الصفة فى الصحاح ، والمكسرة ، والسود ، ونقد البلد ، والحلول ، وضدها . فيجب مثله صفة .

و إن كان متقوماً ـ كالعبد ، والدار ، ونحوهما ـ فالواجب اعتباره بالقيمة يوم البيع .

وقال فى الرعاية : يأخذ الشفيع الشقص بما استقر عليه العقد من ثمن مثلى أو قيمة غيره وقت لزوم العقد .

وقيل : بل وقت وجوب الشفعة . انتهى .

فائدة : لو تبايع ذميان بخمر ، إن قلنا : ليست ما لا لهم . فلا شفعة بحال . اختاره القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف ، وغيرهم . واقتصر عليه الحارثى .

و إن قلنا : هى مال لهم . فأطلق أبو الخطاب ، وغيره : وجوب الشفعة . وكذا قال القاضى وغيره .

ثم قال فى المستوعب ، والتلخيص : يأخذ بقيمة الخمر ، كما لو أتلف على ذمى خمراً .

قوله ﴿ وَإِنِ اخْتَلَفَا فِى قَدْرِ الثَّمَنِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِى ، إِلاَّ أَنْ يَكُونَ لِلشَّفِيعِ بَيِّنَةٌ ﴾ .

وهذا بلا نزاع . وعليه الأصحاب .

لـكن لو أقام كل واحد ـ من الشفيع والمشترى ـ بينة بثمنه . فقال القاضى ، وابنه أبو الحسين ، وأبو الخطاب ، وابن عقيل ، والشريف أبو جعفر ، وأبو القاسم الزيدى ، وصاحب المستوعب : تقدم بينة الشفيع .

قال الحارثى : و يقتضيه إطلاق الخرقى ، والمصنف هنا . وجزم به فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والمستوعب ، والهداية ، والمذهب ، والخلاصة .

وقيل : تتعارضان . وهو احتمال فى المغنى . وقدمه ابن رزين فى شرحه .

وقيل : باستعمالها بالقرعة . وأطلقهن فى الفروع .

ووجه الحارثى قولا : أن القول قول المشترى . لأنه قال : قول الأصحاب هنا مخالف لمـا قالوه فى بينة البائع والمشترى ، حيث قدموا بينة البائع . لأنه مدع بزيادة . وهذا بعينه موجود فى المشترى هنا . فيحتمل أن يقال فيه بمثل ذلك . انتهى .

فوائد

إحداها : لو قال المشترى : لاأعلم قدر الثمن . فالقول قوله . ذكره الأصحاب : القاضى وابن عقيل ، والمصنف ، وغيرهم .

قال القـاضى ، وابن عقيل : فيحلف أنه لا يعلم قدره . لأن ذلك وفق الجواب . و إذن لا شفعة . لأنها لا تستحق بدون البدل ، و إيجاب البدل متعذر للجهالة .

ولو ادعى المشترى جهل قيمة العرض : فـكدعوى جهل الثمن . ذكره المصنف وغيره .

وتقدم التنبيه على ذلك بعد ذكر الحيل أول الباب .

الثانية : لو قال البائع : الثمن ثلاثة آلاف . وقال المشترى : ألفـان . وقال الشفيع : ألف ، وأقاموا البينة . فالبينة للبائع . على ما تقدم ، لدعوى الزيادة .

الثالثة : لو كان الثمن عرضا . واختلف الشفيع والمشترى فى قيمته . فإن وُجِدَ

قُوِّم . وإن تعذر : فالقول قول المشترى مع يمينه . قاله المصنف وغيره .

وإن أقاما بينة بقيمته . قال الحارثى : فالأظهر التعارض . ويحتمل تقديم بينة الشفيع .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ الْمُشْتَرِى : اشْتَرَيْتُهُ بِأَلْفٍ ، وَأَقَامَ الْبَائِعُ بَيِّنَةً : أَنَّه بَاعَهُ بِأَلْفَيْنِ ، فَلِلشَّفِيعِ أَخْذُهُ بِالأَلْفِ ﴾ بلا نزاع .

﴿ فَإِنْ قَالَ الْمُشْتَرِى : غَلِطْتُ ﴾ أَوْ نَسِيتُ ، أَوْ كَذَبْتُ ﴿ فَهَلْ يُقْبَلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والتلخيص والشرح ، والفروع ، والفائق .

أحدهما : يقبل قوله .

قال القاضى : قياس المذهب عندى : يقبل قوله ، كما لوأخبر فى المرابحة ، ثم قال : غلطت ، بل هنا أولى . لأنه قد قامت بينة بكذبه .

قال الحارثى : هذا الأقوى .

قال فى الهداية ــ لما أطلق الوجهين ــ بناء على المخبر فى المرابحة . إذا قال « غلطت » .

وقد تقدم أن أكثر الأصحاب قبلوا قوله فى ادِّعائه غلطاً فى المرابحة .

وصححه هنا فى التصحيح ، والنظم . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

والوجه الثانى : لا يقبل . قدمه ابن رزين فى شرحه . وجزم به فى الكافى . واختاره ابن عقيل .

وهذا المذهب على ما اصطلحناه .

ونقل أبو طالب فى المرابحة : إن كان البائع معروفاً بالصدق : قُبل قوله ، وإلا فلا .

قال الحارثى : فيخرج مثله هنا .

وقال : ومن الأصحاب من أبى الإلحاق بمسألة المرابحة .

قال ابن عقيل : عندى أن دعواه لا تقبل . لأن مذهبنا أن الذرائع محسومة وهذا فتح لباب الاستدراك لكل قول يوجب حقاً .

ثم فرق بأن المرابحة كان فيها أميناً ، حيث رجع إليه فى الإجبار بالثمن ، وليس المشترى[1] أميناً للشفيع ، وإنما هو خصمه . فافترقا .

وقال فى الرعاية الكبرى : وقيل يتحالفان ، ويفسخ البيع ، ويأخذه بما حلف عليه البائع لا المشترى .

قوله ﴿ فَإِنْ ادَّعَى أَنَّكَ اشْتَرَيْتَهُ بِأَلْفٍ . فَقَالَ : بَلْ اتَّهَبْتُهُ . فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ﴾ بلا نزاع .

فإن نكل عنها ، أو قامت للشفيع بينة : فله أخذه . ويقال للمشترى : إما أن تقبل الثمن ، وإما أن تبرئ منه .

اعلم أنه إذا ادعى الشفيع على بعض الشركاء دعوى محررة بأنه اشترى نصيبه فله أخذه بالشفعة ، وأنكر الشريك ، وقال : إنما اتهبته ، أو ورثته . فالقول قوله مع يمينه .

فإن نكل عن اليمين ، أو قامت بينة للشفيع بالشراء : فللشفيع أخذه ودفع الثمن إليه .

فإن قال : لا أستحقه . فجزم المصنف هنا ، أن يقال للمشترى : إما أن تقبل الثمن ، وإما أن تبرئ منه ، كالمكاتب إذا جاء بالنجم قبل وقته . وهذا أحد الوجوه اختاره القاضى ، وابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به فى النظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، على ما يأتى قريباً .

وقيل : يبقى فى يد الشفيع إلى أن يدعيه المشترى فيدفعه إليه .

---

(١) هنا خرم فى نسخة المصنف مقدار ثلاث ورقات .

قال المصنف ، والشارح : وهذا أولى .

قال الحارثى : ونقل غيره أنه المذهب .

وقيل : يأخذه الحاكم يحفظه لصاحبه ، إلى أن يدعيه . فمتى ادعاه المشترى دفع إليه . وأطلقهن فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والفائق . وأطلق الأخيرتين فى التلخيص .

تنبيه : محل الخلاف عند المصنف ، والشارح ، وصاحب الفروع ، والفائق ، وغيرهم : حيث أصر على الهبة أو الإرث . وقامت بينة بالشراء .

ومحل الخلاف عند صاحب الرعايتين ، والنظم ، والحاوى الصغير ، وتذكرة ابن عبدوس ــ على قول القاضى ــ فقطع هؤلاء بأن يقال : إما أن تقبل الثمن أو تبرئ . فإن أبى من ذلك ، فيأتى الخلاف . وهوأنه هل يكون عند الشفيع أوالحاكم ؟

فقدم فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والنظم : أنه يكون عند الشفيع .

وقطع ابن عبدوس : أنه يكون عند الحاكم يحفظه له .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَتْ عِوَضًا فِى الْخُلْعِ ، أَوِ النِّكَاحِ ، أَوْ عَنْ دَمِ الْعَمْدُ ﴾ .

فقال القاضى : يأخذه بقيمته .

قال القاضى ، وابن عقيل : قياس قول ابن حامد : الأخذ بقيمة الشقص . وهو الصحيح . اختاره ابن عبدوس فى تذكرته ، وصاحب الفائق . وصححه فى النظم . وقدمه فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير وقطع به فى الهداية .

وقال غيره : يأخذه بالدية ومهر المثل . اختارها ابن حامد . حكاه عنه الشريف أبو جعفر ، وغيره .

ومقتضى قول المصنف : أن غير القاضى من الأصحاب قال ذلك . وفيه نظر .

وأطلقهما فى المحرر ، والفروع ، والزركشى .

تنبيه :هذا الخلاف مفرع على القول بثبوت الشفعة فى ذلك . وهو قول ابن حامد ، وجماعة . على ماتقدم فى أول الباب .

وتقدم التنبيه أيضاً على الخلاف هناك .

وأما على الصحيح من المذهب : فلا يأتى الخلاف .

فائدة : تقويم الشقص ، أو تقويم مقابله على كلا الوجهين : معتبر فى المهر بيوم النـكاح . وفى الخلع بيوم البينونة .

وإن كان متعة فى طلاق . فعلى الأول : يأخذ بقيمته . وعلى الثانى : يأخذ بمهر المثل . قاله المصنف ، والشارح ، كما فى الخلع به .

قال الحارثى : ويحتمل أن يأخذ بمتعة مثلها . قال : وهو الأقرب .

قوله ﴿ وَلاَ شُفْعَةَ فِي بَيْعِ الْخِيَارِ قَبْلَ انْقِضَائِهِ ﴾ .

نص عليه . وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

قال فى القواعد فى الفائدة الرابعة : وأما الشفعة فلا تثبت فى مدة الخيار على الروايتين ، عند أكثر الأصحاب . ونص عليه فى رواية حنبل .

فمن الأصحاب من علل بأن الملك لم يستقر .

وعلل القاضى فى خلافه بأن الأخذ بالشفعة يسقط حق البائع من الخيـار . ولذلك لم تجز المطالبة فى مدته .

فعلى هذا : لو كان الخيار للمشترى وحده : ثبتت الشفعة . انتهى .

ويحتمل أن تجب مطلقاً . وهو تخريج لأبى الخطاب . يعنى إذا قلنـا بانتقال الملك .

وقيل : تجب فى خيار الشرط ، إذا كان الخيار للمشـترى . وهو مقتضى تعليل القاضى فى خلافه . كما قاله فى الفوائد عنه .

وتقدم ذلك فى الخيار فى البيع بعد قوله « و ينتقل الملك إلى المشترى بنفس العقد » .

فائدة : حكم خيار المجلس : حكم خيار الشرط . قاله فى الفروع وغيره .

قوله ﴿ وَإِنْ أَقَرَّ البَائِعُ بِالبَيْعِ ، وَأَنكَرَ المشْتَرِى . فَهَلْ تجِبُ الشُّفْعَةُ ؟ على وجهين ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والفائق .

أحدهما : تجب . وهو المذهب . صححه فى التصحيح ، والنظم ، ونصره المصنف ، والشارح . واختاره القاضى ، وابنه ، وابن عقيل ، وابن بكروس . واختاره أبو الخطاب ، وابن الزاغونى .

وقال فى المستوعب : هذا قياس المذهب . ذكره شيوخنا الأوائل .

قال : ولأن أصحابنا قالوا : إذا اختلف البائع والمشترى فى الثمن . تحالفا وفسخ البيع ، وأخذه الشفيع بما حلف عليه البائع .

فأثبتوا له الشفعة مع بطلان البيع فى حق المشترى . انتهى .

وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى التلخيص ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

والوجه الثانى : لا تجب . اختاره الشريفان ـ أبو جعفر ، وأبو القاسم الزيدى ـ

قال فى التلخيص : اختاره جماعة من الأصحاب .

قال الحارثى : وهذا أقوى .

فعلى المذهب : يقبض الشفيع من البائع .

وأما الثمن : فلا يخلو، إما أن يقر البائع بقبضه أولا . فإن لم يقر بقبضه . فإنه يسلم إلى البائع والعهدة عليه . ولا عهدة على المشترى . قاله الأصحاب . منهم

القاضى فى المجرد ، وابن عقيل فى الفصول ، والمصنف فى المغنى ، والشارح ، وصاحب المحرر ، والفروع ، والوجيز ، والزركشى ، وغيرهم .

قال الحارثى : وهذا يقتضى تلقى الملك عنه . وهو مشكل .

وكذلك أخذ البائع للثمن مشكل . لاعترافه بعدم استحقاقه عليه .

ثم قال القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف ، وجماعة : ليس للشفيع ولا للبائع محاكمة المشترى ، ليثبت البيع فى حقه وتجب العهدة عليه . لأن مقصود البائع : الثمن ، وقد حصل من الشفيع . ومقصود الشفيع : أخذ الشقص وضمان العهدة . وقد حصلا من البائع . فلا فائدة فى المحاكمة . انتهى .

وقد حكى فى التلخيص وجهاً بأن يدفع إلى نائب ينصبه الحاكم عن المشترى قال : وهو مشكل . لأن إقامة نائب عن مُنْكِرٍ : بعيد .

وإن كان البائع مقراً بقبض الثمن من المشترى وبقى الثمن على الشفيع . لايدعيه أحد : ففيه ثلاثة أوجه .

أحدها : يقال للمشترى : إما أن تقبضه ، وإما أن تبرئ منه ، قياساً على نجوم الكتابة إذا قال السيد : هى غصب . اختاره القاضى ، وابن عقيل . وجزم به فى النظم .

والوجه الثانى : يبقى فى ذمة الشفيع . قدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير

والوجه الثالث : يأخذه الحاكم عنه . وهى كالمسألة التى قبلها حكما وخلافاً . وأطلقهن فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى .

قال المصنف ، والشارح ، وغيرهما : وفى جميع ذلك ، متى ادعاه البائع أو المشترى دفع إليه . لأنه لأحدهما .

قال الحارثى : وفيه نظر وبحث .

وإن ادعياه جميعاً ، وأقر المشترى بالبيع ، وأنكر البائع القبض : فهو للمشترى .

فائدة : قوله ﴿ وَعُهْدَةُ الشَّفِيعِ عَلَى المشْتَرِى . وَعُهْدَةُ المشْتَرِى عَلَى الْبَائِعِ ﴾ وهذا بلا نزاع .

لكن يستثنى من ذلك : إذا أقر البائع بالبيع ، وأنكر المشترى ـ وقلنا بثبوت الشفعة ـ على ماتقدم . فإن العهدة على البائع . لحصول الملك له من جهته . قاله الزركشي . وهو واضح .

و « العهدة » فُعلة من العهد . وهى فى الأصل كتاب الشراء .

وتقدم الكلام على ضمان العهدة ، وعلى معناها فى باب الضمان .

والمراد هنا : رجوع من انتقل الملك إليه على من انتقل عنه بالثمن أو بالأرش ، عند استحقاق الشقص أو عيبه . فيكون وثيقة للبيع لازمة للمتلقى عنه . فيكون عهدة بهذا الاعتبار .

فلو علم المشترى العيب عند البيع ، ولم يعلمه الشفيع عند الأخذ : فلا شىء للمشترى . وللشفيع الرد والأخذ بالأرش . على الصحيح من المذهب .

وذكر المصنف وجهاً بانتفاء الأرش .

وإن علمه الشفيع ، ولم يعلمه المشترى : فلا رد لواحد منهما ولا أرش . قدمه الحارثى .

وفى الشرح وجه بأن المشترى يأخذ الأرش . وهو ماقال القاضى ، وابن عقيل ، والسامرى .

فعليه : إن أخذه سقط عن الشفيع ماقابله من الثمن ، تحقيقاً لمماثلة الثمن الذى استقر العقد عليه .

وإن علماه فلا رد لواحد منهما . ولا أرش .

وفى صورة عدم علمهما : إن لم يرد الشفيع فلا رد للمشترى . وإن أخذ الشفيع أرشه من المشترى : أخذه المشترى من البائع . وإن لم يأخذه الشفيع : ففى أخذ المشترى الوجهان .

وعلى الوجه بالأخذ : إن لم يسقطه الشفيع عن المشترى سقط عنه بقدره من الثمن ، و إن أسقطه توفر على المشترى .

قوله ﴿ فَإِنْ أَبَى المشْتَرِى قَبْضَ المبِيعِ : أَجْبَرَهُ الْحَاكِمِ عَلَيْهِ ﴾ .

وهو المذهب . اختاره القاضى ، وابنه أبو الحسين ، والشريفان ـ أبو جعفر ، وأبو القاسم الزيدى ـ والقاضى يعقوب ، والشيرازى ، وأبو الحسن بن بكروس وغيرهم . وقدمه فى الخلاصة ، والشرح ، والنظم ، والفروع ، وشرح ابن منجا .

وقال أبو الخطاب فى الهداية : قياس المذهب : أن يأخذه الشفيع من يد البائع واختاره المصنف ، وقال : هو قياس المذهب .

قال الحارثى : وهو الأصح . لأن الأصح ، أو المشهور : لزوم العقد فى بيع العقار قبل قبضه ، وجواز التصرف فيه بنفس العقد والدخول فى ضمانه به . وأطلقهما فى المذهب ، والمستوعب ، والتلخيص .

قوله ﴿ وَلاَ شُفْعَةَ لِـكَافِرٍ عَلَى مُسْلِمٍ ﴾ .

نص عليه من وجوه كثيرة . وهو المذهب . وعليـه الأصحاب . وهو من مفردات المذهب .

وقيل : له الشفعة . ذكره ناظم المفردات .

تنبيه : مفهوم كلام المصنف : ثبوت الشفعة لـكافر على كافر ، وسواء كان البائع مسلماً أو كافراً . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والزركشى ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، وشرح الحارثى وغيرهما .

قال فى التلخيص : هذا قياس المذهب .

وقيل : لا شفعة له إذا كان البائع مسلماً .

وهو ظاهر كلام أبى الخطاب فى الهداية . وأطلقهما فى التلخيص ، والرعاية .

ومفهوم كلامه أيضاً : ثبوتها للمسلم على الـكافر . وهو من باب أولى .

فائدة : لو تبايع كافران بخمر ، وأخذ الشفيع بذلك : لم ينقض مافعلوه .

وإن جرى التقابض بين المتبايعين دون الشفيع ، وترافعوا إلينا : فلاشفعة له على الصحيح من المذهب ، كما لو تبايعا بخنزير . وعليه أكثر الأصحاب .

وقال أبو الخطاب : إن تبايعوا بخمر ـ وقلنا هي مال لهم ـ حكمنا لهم بالشفعة .

وتقدم التنبيه على بعض ذلك قبل قوله « وإن اختلفا فى قدر الثمن » .

قوله ﴿ وَهَلْ تجِبُ الشُّفْعَةُ لِلْمُضَارِبِ عَلَى رَبِّ الْمَالِ ، أَوْ لِرَبِّ الْمَالِ عَلَى المضَارِبِ فِيما يَشْتَرِيهِ لِلْمُضَارَبَة ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

ذكر المصنف هنا مسألتين .

إحداهما : هل تجب الشفعة للمضارب على رب المال ، أم لا ؟

مثال ذلك : أن يكون للمضارب شقص فيما تجب فيه الشفعة ، ثم يشترى من مال المضاربة شقصاً من شركة المضارب . فهل تجب للمضارب شفعة فيما اشتراه من مال المضاربة ؟

أطلق المصنف فيه وجهين . وأطلقهما تخريجاً فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والتلخيص .

واعلم أن فى محل الخلاف طريقتين للأصحاب .

إحداهما : أنهما جاريين ، سواء ظهر ربح أم لا ، وسواء قلنا :لمك المضارب حصته بالظهور أم لا . وهى طريقة أبى الخطاب فى الهداية ، وصاحب المذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والمصنف هنا وغيرهم . وقدمها الحارثى

أحدهما : لا تجب الشفعة له . وهو الصحيح من المذهب . صححه فى الخلاصة ، والتصحيح . واختاره أبو الخطاب فى رءوس المسائل ، وأبو المعالى فى النهاية .

والوجه الثاني : تجب . خرجه أبو الخطاب من وجوب الزكاة عليه في حصته

قال الحارثي : وهو الأولى .

قال ابن رجب في القواعد ـ بعد تخريج أبي الخطاب ـ فالمسألة مقيدة بحالة ظهور الربح ولابد . انتهى .

الطريق الثاني ـ وهي طريقة المصنف ، والشارح ، والناظم ، وجماعة ـ إن لم يظهر ربح في المال ، أو كان فيه ربح ـ وقلنا : لا يملكه بالظهور ـ فله الأخذ بالشفعة . لأن الملك لغيره . فكذا الأخذ منه .

وإن كان فيه ربح ـ وقلنا يملكه بالظهور ـ ففي وجوب الشفعة له وجهان . بناء على شراء العامل من مال المضاربة بعد ملكه من الربح ، على ماسبق في المضاربة بعد قوله « وليس لرب المال أن يشترى من مال المضاربة شيئاً » .

وصحح هذه الطريقة في الفروع . وقدم عدم الأخذ . ذكر ذلك في باب المضاربة .

المسألة الثانية : هل تجب الشفعة لرب المال على المضارب ، فيما يشتريه للمضاربة ؟

مثاله : أن يشترى المضارب بمال المضاربة شقصاً في شركة رب المال .

فأطلق المصنف فيه وجهين . وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والتلخيص وشرح ابن منجا ، والحارثي .

أحدهما : لا تجب الشفعة . وهو الصحيح من المذهب . صححه أبو المعالي في نهايته ، وخلاصته ، والناظم ، وصاحب التصحيح ، وغيرهم .

قال الحارثي : اختاره القاضي ، وأبو الخطاب . وقدمه في الفروع . ذكره في المضاربة .

والوجه الثاني : تجب فيه الشفعة . اختاره ابن عبدوس في تذكرته .

و بنى المصنفُ ، والشارح ، والحارثى ، وغيرهم هذين الوجهين على الروايتين فى شراء رب المال من مال المضاربة .

وتقدم الخلاف فى ذلك ، وأن الصحيحَ من المذهب : أنه لا يصح ، فى باب المضاربة .

فوائد

إحداها : لو بيع شقص من شركة مال المضاربة . فللعامل الأخذ بها إذا كان الحظ فيها . فإن تركها : فلرب المال الأخذ . لأن مال المضاربة ملكه . ولا ينفذ عفو العامل .

ولو كان العقار لثلاثة ، فقارض أحدهم أحد شريكيه بألف ، فاشترى به نصف نصيب الثالث . فلا شفعة فيه فى أحد الوجهين . لأن أحدهما مالكُ المال . والآخر عامل فيه . فهما كشريكين فى مشاع ، لا يستحق أحدهما على الآخر شفعة . ذكره فى المغنى ، والشرح ، والحارثى .

قلت : وهو الصواب .

والوجه الآخر : فيه الشفعة .

قالوا : ولو باع الثالث بقية نصيبه لأجنبى : ثبتت الشفعة بينهم أخماساً . للمالك خمساها . وللعامل مثله . ولمال المضاربة خمسها بالسدس الذى له ، جعلا لمال المضاربة كشريك آخر .

الثانية : لو باع المضارب من مال المضاربة شقصاً فى شركة نفسه : لم يأخذ بالشفعة . لأنه متهم . فأشبه الشراء من نفسه . ذكره المصنف ، وغيره .

الثالثة : تثبت الشفعة للسيد على مكاتبه . ذكره القاضى ، والمصنف ، وغيرهما لأن السيد لا يملك ما فى يده ، ولا يزكيه . ولهذا جاز أن يشترى منه .

وأما العبد المأذون له : فإن كان لا دين عليه ، فلا شفعة بحال لسيده . وإن

كان عليه دين . فالشفعة عليه تنبنى على جواز الشراء منه . على ما تقدم فى أواخر الحجر . والله أعلم بالصواب .

وتقدم أخذ المكاتب والعبد المأذون له بالشفعة قبل قوله « فإن كانا شفيعين فالشفعة بينهما » .

باب الوديعة

فائدة « الوديعة » عبارة عن توكل لحفظ مال غيره تبرعاً بغير تصرف . قاله فى الفائق .

وقال فى الرعاية الصغرى : وهى عقد تبرع بحفظ مال غيره بلا تصرف فيه .

وقال فى الـكبرى : والإيداع توكيل ، أو استنابة فى حفظ مال زيد تبرعاً ، ومعانيها متقاربة .

ويعتبر لها أركان الوكالة . وتبطل بمبطلاتها .

ولو عزل نفسه فهى بعده أمانة شرعية . حكمها فى يده حكم الثوب إذا أطارته الريح إلى داره ، يجب رده إلى مالكه .

وقال القاضى فى موضع من خلافه ، فى مسألة الوكالة : الوديعة لا يلحقها الفسخ بالقول . وإنما تنفسخ بالرد إلى صاحبها ، أو بأن يتعدى المودع فيها .

قال فى القاعدة الثانية والستين : فإما أن يكون هذا تفريقاً بين فسخ المودِع والمودَع . أو يكون منه اختلافاً فى المسألة . والأول : أشبه . انتهى .

وقال فى الرعاية : إن بطل حكم الوديعة : بقى المال فى يده أمانة . فإن تلف قبل التمـكن من رده : فهدر . وإن تلف بعده : فوجهان .

وقال أيضاً : يكفى القبض . قولاً واحداً . وقيل : لا .

قوله ﴿ وَإِنْ تَلِفَتْ مِنْ بَيْنِ مَالِهِ : لَمْ يَضْمَنْ . فِى أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ ﴾ .

يعنى : إذا لم يتعد . وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

قال الحارثى : هذا اختيار أكثر الأصحاب . وصرح المصنف فى آخرين : أنه أصح .

قال القاضى : هذا أصح .

قال الزركشى : هذا المذهب .

قال فى الكافى : هذا أظهر الروايتين . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى المغنى(١) ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والحارثى ، وغيرهم .

والرواية الثانية : يضمن . نص عليها .

قال الزركشى : ينبغى أن يكون محل الرواية : إذا ادعى التلف . أما إن ثبت التلف : فإنه ينبغى انتفاء الضمان . رواية واحدة .

فائدة : لو تلفت مع ماله من غير تفريط : فلا ضمان عليه . بلا نزاع فى المذهب . وقد تواتر النص عن الإمام أحمد رحمه الله بذلك .

وإن تلفت بتعديه . وتفريطه : ضمن بلا خلاف .

قوله ﴿ وَيَلْزَمُهُ حِفْظُهَا فِى حِرْزِ مِثْلِهَا ﴾ .

يعنى : عرفاً . كالحرز فى السرقة . على ما يأتى إن شاء الله تعالى . هذا إذا لم يعين له صاحبها حرزاً .

قوله ﴿ فَإِنْ عَيَّنَ صَاحِبُهَا حِرْزًا ، فَجَعَلَهَا فِى دُونِهِ : ضَمِنَ ﴾ .

هـذا المذهب مطلقاً . أعنى : سواء ردها إلى حرزها الذى عينه له أو لا . جزم به فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، والحاوى الصغير ، وغيرهم من الأصحاب .

وقيل : إن ردها إلى حرزها الذى عينه له ، فتلفت : لم يضمن . حكاه فى **الفروع** .

---

(١) انتهى إلى هنا الخرم من نسخة المصنف .

قال فى الرعاية الكبرى : فإن عين ربها حرزاً . فأحرزها بدونه : ضمن .

قلت : ولم يردها إلى حرزه . انتهى .

قوله ﴿ وَإِنْ أَحْرَزَهَا بِمِثْلِهِ ، أَوْ فَوْقَهُ : لَمْ يَضْمَنْ ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . اختاره القاضى ، وابن عقيل . وجزم به فى الوجيز ، والكافى ، وغيرهما . وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب فى المسألة الأولى .

وقدمه فيهما فى الفروع ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والفائق .

وجزم به فى الثانية فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب .

وقيل : يضمن فيهما ، إلا أن يفعله لحاجة . ذكره الآمدى ، وأبو حكيم . وهو رواية فى التبصرة .

قال المصنف : وهو ظاهر كلام الخرقى . وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله فى رواية حرب . وجزم به فى المنور . وقدمه فى المحرر .

وقيل : يضمن إن أحرزها بمثله . ولا يضمن إن أحرزها بأعلى منه . ذكره أبو الخطاب ، وغيره .

وقال فى الرعاية الكبرى : وهو أقيس . وأطلقهن فيهما .

تنبيه : قال الحارثي : لا فرق ــ فيما ذكر ــ بين الجعل أو لا فى غير المعين ، وبين النقل إليه .

قال فى التلخيص : وأصحابنا لم يفرقوا بين تلفها بسبب النقل ، وبين تلفها بغيره .

وعندى : إذا حصل التلف بسبب النقل ، كانهدام البيت المنقول إليه : ضمن .

قوله ﴿ وَإِنْ نَهَاهُ عَنْ إِخْرَاجِهَا ، فَأَخْرَجَهَا لِغِشْيَانِ شَيْءٍ الغَالِبُ فِيهِ التَّوَى : لَمْ يَضْمَنْ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . ولا أعلم فيه خلافا .

لكن إذا أخرجها فلا يحرزها إلا فى حرز مثلها أو فوقه . فإن تعذر — والحالة هذه ، ونقل إلى أدنى — فلا ضمان . ذكره المصنف فى المغنى . واقتصر عليه الحارثى . لأنه إذن أحفظ . وليس فى الوسع سواه .

قلت : فيمايى بها .

قوله ﴿ وَإِنْ تَرَكَهَا فَتَلِفَتْ : ضَمِنَ ﴾ .

هذا المذهب . لأنه يلزمه إخراجها . والحالة هذه .

قال فى الكافى : هذا المذهب .

قال الحارثى : هذا أصح .

قال فى الفروع : لزمه إخراجها فى الأصح .

قال فى الفائق : ضمن فى أصح الوجهين . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والرعاية الكبرى وغيرهم .

وقيل : لا يضمن . لأنه امتثل أمر ربها .

فائدة : لو تعذر الأمثل والمماثل — والحالة هذه — فلا ضمان . ذكره المصنف فى المغنى .

قوله ﴿ وَإِنْ أَخْرَجَهَا لِغَيْرِ خَوْفٍ : ضَمِنْ ﴾

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

قال فى الفروع : ويحرم إخراجها لغير خوف فى الأصح . وجزم به فى الوجيز وشرح الحارثى ، وغيرهما . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، وغيرهما .

وقيل : لا يضمن . اختاره القاضى . قاله فى المغنى ، والشرح .

قوله ﴿ وَإِن قَالَ : لاَ تُخْرِجْهَا ، وَإِنْ خِفْتَ عَلَيْهَا . فَأَخْرَجَهَا عِنْدَ الْخَوْفِ ، أَوْ تَرَكَهَا : لَمْ يَضْمَنْ ﴾ .

وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به أكثرهم . منهم صاحب المغنى ، والشرح ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وشرح الحارثى ، والوجيز ، والفائق ، والزركشى ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وقيل : إن وافقه أو خالفه ضمن .

قلت : وهو ضعيف جداً .

تنبيه : ظاهر كلامه : أنه لو أخرجها من غير خوف : أنه يضمن . وهو صحيح . صرح به الأصحاب .

قوله ﴿ وَإِنْ أَوْدَعَهُ بَهِيمَةً ، فَلَمْ يَعْلِفْهَا حَتَّى مَاتَتْ : ضَمِنَ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، والفروع ، وغيرهم .

وقيل : لايضمنها . وهو احتمال فى المغنى .

قلت : لـكن يحرم ترك علفها ، ويأثم حتى ولو قال له : لاتعلفها ، على ما يأتى .

فوائد

منها : لو أمره بعلفها : لزمه ذلك مطلقاً ، على الصحيح من المذهب .

وقيل : لايلزمه إلا مع قبوله . وهو احتمال فى المغنى .

ومنها : لو نهاه عن علفها : انتفى وجوب الضمان بالنسبة إلى حظ المالك .

وأما بالنسبة إلى الحرمة : فلا أثر لنهيه . والوجوب باق بحاله .

قال فى الحاوى الصغير : ويقوى عندى أنه يضمن .

ومنها : إن كان إنفاقه عليها بإذن ربها : فلا كلام . وإن تعذر إذنه ، فأنفق بإذن حاكم : رجع به . وإن كان بغير إذنه ، فإن كان مع تعذره ، وأشهد على الإنفاق : فله الرجوع .

قال الحارثى : رواية واحدة . حكاه الأصحاب .

و إن كان مع إمكان إذن الحاكم ، ولم يستأذنه ، بل نوى الرجوع فقط : لم يرجع . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع هنا . وهو ظاهر ماجزم به فى المحرر فى باب الرهن ، والمنور .

وقيل : يرجع . جزم به فى المنتخب . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وصححه الحارثى ، وصاحب الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والفائق .

قلت : وهو الصواب .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والتلخيص ، والرعاية الكبرى .

وظاهر الفروع فى باب الرهن : إطلاق الخلاف .

وقال فى القاعدة الخامسة والسبعين : إذا أنفق المودع على الحيوان المستودع ناوياً للرجوع . فإن تعذر استئذان مالكه : رجع ، و إن لم يتعذر : فطريقتان .

إحداهما : أنه على الروايتين فى قضاء الدين وأولى . لأن للحيوان حرمة فى نفسه توجب تقديمه على قضاء الدين أحيانا . وهى طريقة صاحب المغنى .

والثانية : لايرجع . قولا واحداً . وهى طريقة صاحب المحرر ، متابعة لأبى الخطاب . انتهى .

وهذه الطريقة : هى المذهب . وهى طريقة صاحب التلخيص ، والفروع ، والوجيز ، وغيرهم .

وتقدم حكم المسألة فى كلام المصنف فى باب الرهن أيضاً .

ومنها : لو خيف على الثوب العُثُّ : وجب عليه نشره . فإن لم يفعل وتلف ضمن .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : اتْرُكْهَا فِي كُمِّكَ ، فَتَرَكَهَا فِي جَيْبِهِ : لَمْ يَضْمَنْ ﴾

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

ويتخرج على الوجه المتقدم بالضمان بالإحراز فيما فوق العين : وجوب الضمان هنا . قاله الحارثى .

قوله ﴿ وَإِنْ تَرَكَهَا فِي يَدِهِ احْتَمَلَ وَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والهادى ، والتلخيص ، والشرح ، والرعايتين ، والنظم ، والحاوى الصغير ، والفائق .

إحداهما : لا يضمن .

قال الحارثي : وهو الأظهر عند القاضى ، وابن عقيل . وجزم به فى الوجيز .

والثانى : يضمن ، وهو الصحيح . صححه فى التصحيح . وقدمه فى الكافى .

قال الحارثي : وإليه ميل المصنف فى كتابيه . وقدمه فى إدراك الغاية .

وفى التلخيص وجه ثالث : إن تلفت بأخذ غاصب : لم يضمن . لأن اليد بالنسبة إليه أحرز .

وإن تلفت لنوم أو نسيان : ضمن . لأنها لو كانت فى الكم مربوطة لما ذهبت .

فوائد

الأولى : وكذلك الحكم ، والخلاف لو قال : اتركها فى يدك . فتركها فى كمه قال فى الفروع ، وغيره . وقال القاضى : اليد أحرز عند المغالبة . والكم أحرز عند عدم المغالبة .

فعلى هذا : إن أمره بتركها فى يده ، فشدها فى كمه فى غير حال المغالبة : فلا ضمان عليه . وإن فعل ذلك عند المغالبة : ضمن .

الثانية : لو جاءه إلى السوق وأمره بحفظها فى بيته ، فتركها عنده إلى مضيه إلى منزله : ضمن .

جزم به في المستوعب ، والتلخيص . وغيرهما . وقدمه في الفروع وغيره .

قال الحارثي : فقال الأصحاب : يضمن مطلقاً .

وقيل : لايضمن والحالة هذه . وهو احتمال في المغنى ، ومال إليه .

قال الحارثي : وهذا الصحيح إن شاء الله تعالى .

قال في الفروع : وهو الأظهر .

قلت : وهو الصواب .

الثالثة : لو دفعها إليه ، وأطلق ولم يعين موضعاً ، فتركها بجيبه أو يده ، أو شَدَّها في كمه ، أو ترك في كمه ثقلا بلا شد ، أو تركها في وسطه وشد عليها سراويله : لم يضمن . جزم به في المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثي . وكذا لو شدها على عضده . وهذا المذهب في ذلك كله . قدمه في الفروع .

قال القاضي : إن شدها على عضده من جانب الجيب : لم يضمنها . وإن شدها من الجانب الآخر : ضمن .

وقال ابن عقيل ، في الفصول : إن تركها في جيب أو كم : ضمن ، على الرواية التي تقول : إن الطَّرَّارَ لايقطع .

وقال أيضاً : إن تركه في رأسه ، أو غرزه في عمامته ، أو تحت قلنسوته : احتمل أنه حرز مثله .

الرابعة : إذا استودعه خاتما ، وقال : اجعله في الخنصر . فلبسه في البنصر : فلا ضمان . ذكره الأصحاب : القاضي ، وابن عقيل ، والمصنف ، وغيرهم . لأنها أغلظ ، فهي أحرز .

وفيه الوجه المخرج المتقدم .

لكن إن انكسر ــ لغلظها ــ ضمن ذكره الأصحاب أيضاً .

وإن قال : اجعله في البنصر . فجعله في الخنصر : ضمن . ذكره القاضي ، وابن عقيل . واقتصر عليه الحارثي أيضاً .

وإن جعله فى الوسطى ، وأمكن إدخاله فى جميعها : لم يضمن . ذكره فى الكافى . واقتصر عليه الحارثى أيضاً .

وإن لم يدخل فى جميعها . فجعله فى بعضها : ضمن . لأنه أدنى من المأمور به .

الخامسة : لو قال : احفظها فى هذا البيت ، ولا تدخله أحداً . فخالف وتلفت بحرق أو غرق أو سرقة ، غير الداخل . فى الضمان وجهان .

أحدهما : لا يضمن . اختاره القاضى .

والثانى : يضمن . اختاره ابن عقيل ، والمصنف . ومال إليه الشارح .

قوله ﴿ وَإِنْ دَفَعَ الْوَدِيعَةَ إِلَى مَنْ يَحْفَظُ مَالَهُ ، كَزَوْجَتِهِ ، وَعَبْدِهِ : لَمْ يَضْمَنْ ﴾ .

وكذا خادمه . وهذا المذهب بلا ريب . ونص عليه . وعليه جماهير الأصحاب وجزم به فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى المستوعب ، والتلخيص ، والرعاية ، والفروع ، والفائق ، والحارثى . ونصره ، وغيرهم .

وقيل : يضمن . ذكره ابن أبى موسى .

قال الحارثى : وأورده السامرى عن ابن أبى موسى وجهاً . ولم أجده فى الإرشاد .

فوائد

منها : ألحق فى الروضة : الولد ونحوه بالزوجة والعبد .

قلت : إن كان ممن يحفظ ماله : فلا إشكال فى إدخاله ، وإلا فلا فى الجميع . حتى الزوجة والعبد والخادم . فلا حاجة إلى الإلحاق . وكذلك قال الحارثى .

وقوله « إلى من يحفظ ماله ، كزوجته ، وعبده » اعتبار لوجود وصف الحفظ لماله فيمن ذكر ، على ماتقدم . فإن لم يوجد : ضمن ، إذا دفع إليه . وهو كما قال . انتهى .

ومنها : لو رد الوديعة إلى من جرت العادة بأن يحفظ مال المودع ــ بكسر الدال ــ كزوجته ، وأمته ، وعبده ، فتلفت : لم يضمن . نص عليه .

وقيل : يضمن . حكاه ابن أبى موسى وجهاً .

قال الحارثى : وهو الصحيح . وتقدم نظير ذلك فى العارية .

ومنها : لو دفعها إلى الشريك : ضمن ، كالأجنبي المحض .

ومنها : له الاستعانة بالأجانب فى الحمل والنقل . وسقى الدابة وعلفها . ذكره المصنف ، وغيره . واقتصر عليه الحارثى .

قوله ﴿ وَإِنْ دَفَعَهَا إِلَى أَجْنَبِيٍّ ، أَوْ حَاكِمٍ : ضَمِنَ . وَلَيْسَ لِلْمَالِكِ مُطَالَبَةُ الأَجْنَبِيِّ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَهُ ذَلِكَ ﴾ .

إذا أودع المودع ــ بفتح الدال ــ الوديعة لأجنبي ، أو حاكم . فلا يخلو : فإما أن يكون لعذر ، أو غيره . فإن كان لعذر : جاز . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب فى الجملة .

وقال فى الفروع : و يتوجه تخريج رواية من توكيل الوكيل : له الإيداع بلا عذر . و إن كان لغير عذر : لم يجز . و يضمن . على الصحيح من المذهب ، وعليه الأصحاب .

وقيل : يجوز إيداعها للحاكم ، مع الإقامة وعدم العذر .

وتقدم تخريجه فى الفروع . فهو أعم .

فعلى المذهب : إن كان الثانى عالماً بالحال : استقر الضمان عليه . وللمالك مطالبته ، بلا نزاع . و إن كان جاهلا : لم يلزمه .

وقدم المصنف هنا : أنه ليس له مطالبته ، أى تضمينه . وهو اختيار القاضى فى المجرد ، وابن عقيل فى الفصول . وقالا : إنه ظاهر كلامه .

قال فى المذهب ، ومسبوك الذهب : ليس للمالك مطالبة الأجنبى ، على

المنصوص . وقدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والفائق . واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله .

قال فى التلخيص : وهو ضعيف .

وقال القاضى : له ذلك . يعنى مطالبته .

قال فى المغنى: ويحتمل أن له تضمين الثانى أيضاً . لـكن يستقر الضمان على الأول . وهو رواية فى التعليق الـكبير ، ورءوس المسائل . وهذا المذهب .

قال فى التعليق : هذا المذهب . واختاره المصنف فى المغنى .

قال الشارح : وهذا القول أقرب إلى الصواب .

قال الحارثى : اختـاره أبو الخطاب ، وعامة الأصحاب . وهو الصحيح . انتهى . وقدمه فى التلخيص ، والمحرر ، والفروع .

فقال فى الفروع : وإن أودعها بلا عذر : ضمنا . وقراره عليه . فإن علم الثانى فعليه .

وعنه : لايضمن الثانى إن جهل . اختاره شيخنا ، كمرتهن فى وجه . واختاره شيخنا . انتهى .

قوله ﴿وَإِنْ أَرَادَ سَفَرًا ، أَوْ خَافَ عَلَيْهَا عِنْدَهُ : رَدَّهَا إِلَى مَالِـكِهَا﴾

وكذا إلى وكيله فى قبضها ، إن كان .

﴿ فإنْ لَمْ يَجِدْه : حَمَلَهَا مَعَهُ ، إنْ كَانَ أَحْفَظْ لَهَا ﴾ .

مراده : إذا لم ينهه عن حملها معه .

اعلم أنه إذا أراد سفراً . وكان مالـكها غائباً ووكيله . فله السفر بها . إن كان أحفظ لها ، ولم ينهه عن حملها .

وإن كان حاضراً أو وكيله فى قبضها . فظاهر كلام المصنف هنا : أنه لايحملها إلا بإذن . فإن فعل ضمن . وهو أحد الوجهين .

قال فى المغنى : ويقوى عندى أنه متى سافر بهـا مع المقدرة على مالـكها أو نائبه بغير إذن : أنه مفرط عليه الضمان . انتهى .

قلت : وهو ظاهر كلامه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والوجيز ، والفائق ، وغيرهم . وهو الصواب

والوجه الثانى : له السفر بها إن كان أحفظ لها ولم ينهه عنها . وهو المذهب . نص عليه . واختاره القاضى ، وابن عقيل . وقدمه فى الفروع ، والمغنى ، والشرح ونصراه .

تنبيهان

أحدهما : ظاهر قوله « فإن لم يجده حملها معه إن كان أحفظ لها » أن له السفر بشرطه ، ولا يضمن . وهو صحيح . وهو المذهب » وعليه جماهير الأصحاب .

وقال القاضى فى رءوس المسائل : إذا سافر بها ضمن .

الثانى : ظاهر كلام المصنف : أنه إذا استوى عنده الأمران فى الخوف مع الإقامة والسفر : أنه لا يحملها معه . وهو أحد الوجهين . وظاهر النص .

قلت : وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب . وهو الصواب .

قال فى المبهج : لا يسافر بها إلا إذا كان الغالب السلامة .

والوجه الثانى : له حملها . وأطلقهما فى التلخيص ، والرعايتين ، والنظم ، وشرح الحارثى ، والفروع ، والفائق ، والحاوى الصغير .

فوائد

منها : جواز السفر بها مشروط بما إذا لم ينهه عن حملها معه . فإن نهاه امتنع . وضمن إن خالف . اللهم إلا أن يكون السفر بها لعذر ، كجلاء أهل البلد ، وهجوم عدو ، أو حرق أو غرق : فلا ضمان .

وهل يجب الضمان بالترك ؟ تقدم نظيره فى كلام المصنف ، وأن الصحيح : أنه يضمن إذا ترك فعل الأصلح ، والحالة هذه .

ومنها : لو أودع مسافراً فسافر بها وتلفت فى السفر : فلا ضمان عليه .

ومنها : لو هجم قطاع الطريق عليه . فألقى المتاع إخفاء له وضاع : فلا ضمان عليه .

ومنها : له الرجوع بما أنفق عليها بنية الرجوع . ذكره القاضى . وقدمه فى الفروع .

وقال : ويتوجه فيه كنظائره . ويلزمه مؤنته .

وفى مؤنة رد من بَعُد خلاف فى الانتصار قاله فى الفروع .

قوله ﴿ وَإلاّ دَفَعهَا إلَى الحَاكِم ﴾ .

يعنى إذا خاف عليها بحملها ، ولم يجد مالكها ولا وكيله . فالصحيح من المذهب : أنه يتعين عليه دفعها إلى الحاكم إن قدرعليه . قدمه فى المغنى ، والشرح وشرح الحارثى ، والفروع ، وغيرهم .

قال الحارثى : وعليه الأصحاب .

قال الزركشى : قطع به الأصحاب .

وقيل : يجوز دفعها إلى ثقة . حكاه المصنف فى المغنى . وذكره الحلوانى رواية .

قال فى الفائق : ولو خاف عليها : أودعها حاكما أو أميناً .

وقيل : لا تودع . انتهى .

قلت : الصواب هنا أن يراعى الأصلح فى دفعها إلى الحاكم ، أو الثقة . فإن استوى الأمر فالحاكم .

فائدة : الودائع التى جهل ملاكها يجوز التصرف فيها بدون حاكم . نص عليه وكذا إن فقد ولم يطلع على خبره ، وليس له ورثة : يتصدق بها . نص عليه ، ولم يعتبر حاكما .

ويحتمل أنه ليس له الصدقة بها إلا إذا تعذر إذن الحاكم . ذكره القاضى .

وتقدم نظير ذلك فى الغصب ، وآخر الرهن .

ويلزم الحاكم قبول الودائع ، والغصوب ، ودين الغائب ، والمال الضائع . على الصحيح من المذهب .

قال فى التلخيص : الأصح اللزوم فى قبول الوديعة ، والغصوب ، والدين .

وقيل : لايلزمه . وأطلقهما فى الرعاية الكبرى ، والفروع .

قوله ﴿ وَإِنْ تَعَذَّرَ ذَلِكَ ﴾

يعنى إذا تعذر دفعها إلى الحاكم ﴿ أَوْدَعَهَا ثِقَةً ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب .

قال فى الخلاصة ، والفروع : دفعها إلى ثقة . فى الأصح . وجزم به فى المحرر ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والتلخيص ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم . واختاره القاضى ، وغيره .

وقيل : لا تودع لغير الحاكم . وقطع به أبو الخطاب فى رءوس المسائل .

قال القاضى ، وابن عقيل : ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله : أنه لا يجوز الدفع إلى غير الحاكم لعذر أو غير عذر .

ثم أوّلا ذلك على الدفع لغير حاجة ، أو مع القدرة على الحاكم .

قال الحارثى : وفيه نظر ، بل النص صريح فى ذلك . وذكره .

وقيل : لا تودع مطلقاً . ونقله الأثرم نصاً .

قال فى الرعاية : ونصه منعه . وهو ظاهر ما قدمه فى الهداية ، والمستوعب . وقدمه فى المذهب .

وقال فى النوادر : وأطلق الإمام أحمد رحمه الله الإيداع عند غيره لخوفه عليها . وحمله القاضى على المقيم لا المسافر .

فائدة : حكم من حضره الموت حكم من أراد سفراً ، على ماتقدم من أحكامه إلا فى أخذها معه .

قوله ﴿ أَوْ دفنهَا وَأَعْلَمَ بِهَا ثِقَةً يَسْكُنُ تِلْكَ الدَّارَ ﴾ .

يعنى إذا تعذر دفعها إلى الحاكم : فهو بالخبرة بين دفعها إلى ثقة ، و بين دفنها و إعلام ثقة يسكن تلك الدار بها .

قال الحارثى : وقاله القاضى ، وابن عقيل ، وغيرهما . وقطع به فى الشرح ، وشرح ابن منجا .

قال فى الفروع : و إن دفنها بمكان وأعلم بها ساكنه فكإيداعه .

وقال فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والفائق : ولو دفنها بمكان وأعلم الساكن ، فعلى وجهين . وقيل : إعلامه كإيداعه . انتهوا .

وأطلق فى ضمانها إذا دفنها وأعلم بها ثقة : وجهين فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف وغيره من الأصحاب : أنه إذا تبرم بالوديعة . فليس له الدفع إلى غير المودع أو وكيله ، سواء قدر عليهما أولا ، وسواء الحاكم وغيره . وهو كذلك . ونص على المنع من إيداع الغير . واختاره القاضى ، وابن عقيل ، وغيرهما . وقدمه الحارثى .

وقال فى الكافى : إن لم يجد المالك دفع إلى الحاكم . واختاره صاحب التلخيص .

قوله ﴿ وَإِنْ تَعَدَّى فِيهَا ، فَرَكِبَ الدَّابَّةَ لِغَيْرِ نَفْعِهَا ، وَلَبِسَ الثَّوْبَ وَأَخْرَجَ الدَّرَاهِمَ لِيُنْفِقَهَا ﴾ أَو لشهوة رؤيتها ﴿ ثُمَّ رَدَّهَا أو جَحَدَهَا ، ثُمَّ أَقَرَّ بِهَا ، أَوْ كَسَرَ خَتْمَ كِيسِهَا ﴾ . وكذا لو حلّه : ضمنها .

إذا تعدى فيها . ففعل ما ذكر غير جحودها . ثم إقراره بها . فالصحيح من

المذهب : أنه يضمنها ، وعليه الأصحاب . وجزم به فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى التلخيص ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

وقال فى الفائق : ونقل البغوى ما يدل على نفى الضمان .

وقيل : لا يضمن إذا أخرج الدراهم لينفقها ، أو لشهوة رؤيتها ، ثم ردها . اختاره ابن الزاغونى .

وعنه : لا يضمن إذا كسر ختم كيسها ، أو حلَّه .

فعلى المذهب : لا يعود عقد الوديعة بغير عقد متجدد .

وأما إذا جحدها ، ثم أقر بها ، فالصحيح من المذهب : أنه يضمنها من حيث الجملة . جزم به فى الفروع ، وغيره . وقدمه فى الفائق ، وغيره . وقال : ونقل البغوى ما يدل على نفى الضمان .

قوله ﴿ أَوْ خَلَطَهَا بِمَا لاَ تَتَمَيَّزُ مِنْهُ: ضَمِنَهَا ﴾ .

وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

قال فى التلخيص : ومع عدم التمييز : يضمن . رواية واحدة . وجزم به فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والوجيز ، والفائق ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وقال : ظاهر نقل البغوى : لا يضمن . ولم يتأوله فى النوادر .

وذكره الحلوانى ظاهر كلام الخرقى .

وجزم به فى المنثور عن الإمام أحمد رحمه الله .

قال : لأنه خلطه بماله .

وجزم به فى المبهج فى الوكيل . كوديعته فى أحد الوجهين .

قال الحارثى : وعن الإمام أحمد : لا يضمن بخلط النقود . ونقله عبد الله البغوى .

فعلى هذه الرواية : لو تلف بعض المختلط بغير عدوان . جعل التلف كله من ماله ، وجعل الباقى من الوديعة . نص عليه .

فائدة : لو اختلطت الوديعة بغير فعله ، ثم ضاع البعض : جعل من مال المودع فى ظاهر كلامه . ذكره المجد فى شرحه .

وذكر القاضى فى الخلاف : أنهما يصيران شريكين .

قال المجد : ولا يبعد ـ على هذا ـ أن يكون الهالك منهما . ذكره فى القاعدة الثانية والعشرين .

قوله ﴿ وَإِنْ خَلَطَهَا بِمُتَمَيِّزٍ : لَمْ يَضْمَنْ ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . نص عليه . وعليه الأصحاب .

وعنه : يضمن . وحمله المصنف على نقصها بالخلط .

قوله ﴿ وَإِنْ أَخَذَ دِرْهَماً ثُمَّ رَدَّهُ ، فَضَاعَ الْكُلّ : ضَمِنَهُ وَحْدَهُ ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . نص عليه . وجزم به الخرقى ، وصاحب التعليق ، والفصول ، والمغنى ، والكافى ، والمحرر ، والشرح ، والوجيز . وغيرهم .

وهو عجيب من الشارح . إذ الكتاب المشروح حكى الخلاف . لكنه تبع المغنى . وصححه فى الفروع وغيره .

وعنه : يضمن الجميع . وأطلقهما فى التلخيص ، والفائق .

وقيل : يضمنه وحده ، إن لم يفتح الوديعة .

وقيل : لا يضمن شيئاً .

قوله ﴿ وَإِنْ رَدَّ بَدَلَهُ مُتَمَيِّزًا فَكَذَلِكَ ﴾ .

يعنى : أن الحكم فيه كالحكم فيما إذا رد المأخوذ بعينه . جزم به فى الفصول ، والفروع ، وشرح ابن منجا ، وغيرهم .

وكذا الحكم لو أذن صاحبها له فى الأخذ منها ، فأخذ ثم رد بدله بلا إذنه .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مُتَمَيِّزٍ : ضَمِنَ الْجَمِيعَ ﴾ .

وهو المذهب . جزم به فى المجرد ، والفصول ، والتلخيص ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ﴿ وَيَحْتَمِلُ أَنْ لاَ يَضْمَنَ غَيْرَهُ ﴾ .

وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله . وجزم به القاضى فى التعليق . وذكر أن الإمام أحمد نص عليه فى رواية الجماعة .

وحكى عنه من رواية الأثرم : أنه أنكر القول بتضمين الجميع ، وأنه قال : هو قول سوء .

وهذا ظاهر كلام الخرقى .

وقطع به ابن أبى موسى ، والقاضى أبو الحسين ، وأبو الحسن بن بكروس ، وغيرهم . واختاره أبو بكر . وقدمه الحارثى فى شرحه . وقال : هو المذهب .

ومال إليه فى المغنى . وأطلق الروايتين فى المحرر .

فعلى الرواية الثانية : إن لم يدر أيهما ضاع : ضمن . نقله البغوى . وذكره جماعة . واقتصر عليه فى الفروع .

فائدة : لو كان الدرهم أو بدله غير متميز ، وتلف نصف المال . فقيل: يضمن نصف درهم . ويحتمل أن لايلزمه شيء . لاحتمال بقاء الدرهم أو بدله . ولا يجب مع الشك . قاله الحارثى .

تنبيهات

الأول : قال الزركشى : إذا ردّ بدل ما أخذ . فللأصحاب فى ذلك طرق :

أحدها : لا يلزمه إلا مقدار ما أخذ . سواء كان البدل متميزاً أو غير متميز .

وهذا مقتضى كلام الخرقى . وبه قطع القاضى فى التعليق . وذكر أن الإمام أحمد ــ رحمه الله ــ نص عليه فى رواية الجماعة .

وأنكر فى رواية الأثرم على من يقول بتضمين الجميع .

والطريق الثانى : إن تميز البدل ضمن قدر ما أخذ فقط ، وإن لم يتميز :

فعلى روايتين . وهى طريقة المصنف فى المغنى ، والكافى ، والمجد .

والطريق الثالث : فى المسألة روايتان فيهما . وهى ظاهر كلام أبى الخطاب ، فى الهداية .

والطريق الرابع : إن تميز البدل : فعلى روايتين ، وإن لم يتميز : ضمن . رواية واحدة . قاله فى التلخيص .

ويقرب منه كلام المصنف فى المقنع ، وكلام القاضى على ماحكاه فى المغنى .

وبالجملة : هذه الطريقة ، وإن كانت حسنة : لكنها مخالفة لنصوص الإمام أحمد رحمه الله . انتهى .

الثانى : شرط القاضى فى المجرد ، وابن عقيل ، وأبو الخطاب ، وأبو الفرج الشيرازى ، والمصنف ، والمجد ، والشارح ، وجماعة : أن تكون الدراهم ونحوها غير مختومة ، ولا مشدودة . فلو كانت كذلك . فحل الشد ، أو فك الختم : ضمن الجميع . قولا واحداً .

قال القاضى فى التعليق : هو قياس قول الأصحاب ، مما إذا فتح قفصاً عن طائر ، فطار . وقاله أبو الخطاب فى رءوس المسائل .

قال الحارثى : ولا يصح هذا القياس . لأن الفتح عن الطائر إضاعة له . فهو كحل الزق .

ونقل مهنا : أنه لايضمن إلا ما أخذ .

قال فى التلخيص : وروى البغوى عن الإمام أحمد رحمه الله : مايدل على ذلك

وينبنى على ذلك : لو خرق الكيس . فإن كان من فوق الشد : لم يضمن إلا الخرق . وإن كان من تحت الشد : ضمن الجميع ، على المشهور عند الأصحاب . قاله الزركشى .

الثالث : قوة كلام المصنف ، وغيره : تقتضى أنه لايضمن بمجرد نية التعدى . بل لابد من فعل ، أو قول . وهو صحيح . وهو المقطوع به عند الأصحاب .

وقال القاضى ، وقد قيل : إنه يضمن بالنية . لاقترانها بالإمساك . وهو فعل كملتقطٍ نوى التملك فى أحد الوجهين .

وفى الترغيب ، قال الحارثى : وحكى القاضى فى تعليقه : وجهاً بالضمان .

قال الزركشى : وقد ينبنى على هذا الوجه . على أن الذى لايؤاخذ به هو الهمّ . أما العزم : فيؤاخذ به على أحد القولين . انتهى .

وتأتى مسألة اللقطة فى بابها . عند قوله « ومن أمن نفسه عليها »

قوله ﴿ وَإِنْ أَوْدَعَهُ صَبِيٌّ وَدِيعَةً : ضَمِنَهَا ، وَلَمْ يَبْرَأْ إِلاَّ بِالتَّسْلِيمِ إِلَى وَلِيِّهِ ﴾ .

إن كان الصبى غير مميز : فالحكم كما قال المصنف .

وكذا إن كان مميزاً ، ولم يكن مأذوناً له .

وإن كان مأذوناً له : صح إيداعه فيما أذن له بالتصرف فيه . قاله المصنف ، والشارح .

فائدة : لو أخذ الوديعة من الصبى تخليصاً لها من الهلاك ، على وجه الحسبة .

فقال فى التلخيص : يحتمل أن لا يضمن ، كالملك الضائع إذا حفظه لصاحبه . وهو الأصح . ويحتمل أن يضمن . لأنه لا ولاية له عليه .

قال : وهكذا يخرج إذا أخذ المال من الغاصب تخليصاً ، ليرده إلى مالكه . انتهى .

واقتصر الحارثى على حكاية كلامه . وقدم ما صححه فى التلخيص فى الرعاية وقطع به فى الكافى .

قوله ﴿ وَإِنْ أُودِعَ الصَّبِيُّ وَدِيعَةً ، فَتَلِفَتْ بِتَفْرِيطِهِ : لَمْ يَضْمَنْ . وَكَذَلِكَ الْمَعْتُوهُ ﴾ .

وهذا الصحيح من المذهب . جزم به فى المغنى ، والشرح ، والتلخيص ، والوجيز ، والفائق ، وشرح الحارثى ، وغيرهم .

وفيه وجه آخر : أنه يضمن . وأطلقهما فى الفروع فى أول باب الحجر .

قوله ﴿ وَإن أَتْلَفَهَا : لَم يَضْمَنْ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

قال فى الهداية ، والمستوعب ، والتلخيص : وقال غير القاضى من أصحابنا : لا يضمن . انتهوا .

قال الحارثى : قال ابن حامد : هذا قياس المذهب . وإليه صار القاضى آخراً وذكره ولده أبو الحسين ، ولم يذكر القاضى فى رؤوس المسائل سواه .

وكذا قال القاضى أبو الحسين ، وأبو الحسن بن بكروس .

قال ابن عقيل : وهو أصح عندى . وقدمه فى الخلاصة .

وقال القاضى : يضمن . اختاره المصنف ، والشارح .

قال الحارثى : واختاره أبو على بن شهاب ، ولم يورد الشريفان ـ أبو جعفر ، والزيدى ـ وأبو المواهب الحسين بن محمد العكبرى ، والقاسم بن الحسن الحداد : سواه . انتهى . وصححه الناظم .

وهذا المذهب ، على ما اصطلحناه .

وأطلقهما فى المذهب ، ومسبوك الذهب ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والمحرر ، والفروع .

فائدة : المجنون كالصبى . وكذا السفيه ، عند المصنف ، والشارح ، وجماعة . ففيه الخلاف .

وقيل : إتلافه موجب للضمان كالرشيد . وقطع به القاضى فى المجرد ، وصاحب التلخيص .

قال الحارثى : و إلحاقه بالرشيد أقرب .

قلت : وهو الصواب .

قوله ﴿ وَإِنْ أَوْدَعَ عَبْدًا وَدِيعَةً ، فَأَتْلَفَهَا : ضَمِنَهَا فِي رَقَبَتِهِ ﴾ .

هذا المذهب . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، وشرح ابن منجا . وقدمه فى المستوعب ، والتلخيص .

قال الحارثى : و به قال الأكثرون من الأصحاب : أبو الخطاب ، وابن عقيل وأبو الحسين ، والشريفان ـ أبو جعفر ، والزيدى ـ وابن بكروس ، والسامرى ، وصاحب التلخيص . انتهى .

والوجه الثانى : يضمنها فى ذمته . وأطلقهما فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والفروع .

ولنا وجه فى المذهب ـ ذكره القاضى فى المجرد ، وغيره ـ بعدم الضمان مطلقا ، تخريجاً من مثله فى الصبى . ورده الحارثى .

تنبيه : قيل إن الوجهين اللذين فى العبد : مبنيان على الوجهين فى الصبى .

وهو قول المصنف ، والشارح ، والقاضى ، وصاحب الفائق . ورده الحارثى .

وقال فى المستوعب ، والتلخيص : و يضمن . و يكون فى رقبته . سواء كان محجوراً عليه ، أو مأذوناً له .

قال الحارثى : صرح به غير واحد . وهو مقتضى إطلاق المصنف . كما فى الجناية على النفس . انتهى .

وهى طريقته فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، وغيرهم .

فائدة : المدبر، والمكاتب ، والمعلق عتقه على صفة ، وأم الولد : كالقن . فيما تقدم . قاله الحارثى ، وغيره .

قوله ﴿ وَالْمُودَعُ أَمِينٌ . وَالقَوْلُ قَوْلُهُ فِيما يَدَّعِيه مِنْ رَدٍّ وَتَلَفٍ ﴾

يعنى : مع يمينه . هذا المذهب بلا ريب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع

قال فى التلخيص ، وغيره : هذا المذهب .

وعنه : إن دفعها المودع ــ بكسر الدال ــ إلى المودع ــ بفتح الدال ــ ببينة : لم تقبل دعوى الرد إلا ببينة . نص عليه فى رواية أبى طالب ، وابن منصور .

قال الحارثى : وهذا ماقاله ابن أبى موسى فى الإرشاد .

وخرجها ابن عقيل على أن الإشهاد على دفع الحقوق الثابتة بالبينة واجب . فيكون تركه تفريطا . فيجب فيه الضمان .

وقيل : لايحتاج إلى يمين مع دعوى التلف .

قال الحارثى : المذهب لايحلف مدعى الرد والتلف ، إذا لم يتهم .

وتأتى المسألة قريباً بأتم من هذا .

تنبيه : محل هذا إذا لم يتعرض لذكر سبب التلف . فإن تعرض لذكر سبب التلف : فإن أبدى سبباً خفياً ــ من سرقة ، أو ضياع ونحوه ــ قبل أيضاً . ذكره الأصحاب .

وإن أبدى سبباً ظاهراً ــ من حريق منزل أو غرقه ، أو هجوم غارة ونحو ذلك ــ فالصحيح من المذهب : أنه لايقبل قوله إلا ببينة بوجود ذلك السبب فى تلك الناحية . وعليه جماهير الأصحاب . منهم ابن أبى موسى ، والقاضى ، وابن عقيل ، والمصنف فى الكافى ، وصاحب التلخيص ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم . وفى كلام الإمام أحمد رحمه الله مايشعر به .

قال فى التلخيص ، وغيره : ويكفى فى ثبوت السبب الاستفاضة . وقاله فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

وقال فى المغنى ، وجماعة من الأصحاب : يقبل قوله أيضاً .

وتقدم نظير ذلك فى الوكالة .

فائدة : لو منع المودع ـ بفتح الدال ـ صاحب الوديعة منها ، أو مطله بلا عذر ، ثم ادعى تلفاً : لم يقبل إلا ببينة . لخروجه بذلك عن الأمانة .

قوله ﴿ وَأَذِنَ فِي دَفْعِهَا إِلَى إِنْسَانٍ ﴾ .

يعنى إذا قال المودع ـ بفتح الدال ـ للمودع : أذنت لى فى دفعها إلى فلان فدفعتها . فأنكر الإذن . فالقول قول المودع ـ بفتح الدال ـ على الصحيح من المذهب . كما قال المصنف ، ونص عليه فى رواية ابن منصور .

وقطع به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والتلخيص ، والشرح ، والمحرر ، والفائق ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وهو من مفردات المذهب .

وقيل : لايقبل قوله .

قال الحارثى : وهو قوى .

وقيل : ذلك كوكالة فى قضاء دين .

ولا يلزم المدعى عليه للمالك غير اليمين ، مالم يقر بالقبض .

وذكر الأزجى : إن ادعى الرد إلى رسول موكِّل ومودِع . فأنكر الموكل : ضمن . لتعلق الدفع بثالث . ويحتمل لا .

وإن أقر ، وقال : قَصَّرت لترك الإشهاد : احتمل وجهين .

قال : واتفق الأصحاب أنه لو وكله بقضاء دينه ، فقضاه فى غيبته ، وترك الإشهاد : ضمن . لأن مبنى الدين على الضمان . ويحتمل إن أمكنه الإشهاد فتركه ضمن . انتهى .

قال فى الفروع : كذا قال .

فائدتان

إحداهما : لو ادعى الأداء إلى وارث لمالك لم يقبل إلا ببينة . قاله فى التلخيص ، واقتصر عليه الحارثى . وكذا دعوى الأداء إلى الحاكم .

الثانية : لو ادعى الأداء على يد عبده ، أو زوجته ، أو خازنه : فكدعوى الأداء بنفسه .

قوله ﴿ وَمَا يُدَّعَى عَلَيْهِ مِنْ خِيَانَةٍ أَوْ تَفْرِيط ﴾

يعنى : القول قوله . وهذا بلا نزاع .

فائدة : هل يحلف مدعى الرد والتلف ، والإذن فى الدفع إلى الغير ، ومنكر الجناية والتفريط ، ونحو ذلك ؟

قال الحارثى : المذهب لايحلف إلا أن يكون متهما . نص عليه من وجوه كثيرة . وكذا قال الخرقى ، وابن أبى موسى فى الوكيل .

وأطلق المصنف فى كتابيه ، وكثير من الأصحاب : وجوب التحلف .

قال : ولا أعلمه عن الإمام أحمد رحمه الله نصاً ولا إيماء . انتهى .

والمذهب عند أكثر الأصحاب المتأخرين : ما قاله المصنف وغيره .

وتقدم التنبيه على بعضه قريباً .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : لَمْ يُودِعْنِى ، ثُمَّ أَقَرَّ بِهَا ، أَوْ ثَبَتَتْ بِبَيِّنَةٍ . فَادَّعَى الرَّدَّ ، أَوِ التَّلَفَ : لَمْ يُقْبَلْ ، وإِنْ أَقَامَ بِذَلِكَ بَيِّنَةً ﴾ .

نص عليه . مراده : إذا ادعى الرد أو التلف قبل جحوده ، بأن يدعى عليه الوديعة يوم الجمعة فينكرها . ثم يقر ، أو تقوم بينة بها ، فيقيم بينة بأنها تلفت ، أو ردها يوم الخميس ، أو قبله مثلا . فالمذهب فى هذا : كما قال المصنف ، من أنه لايقبل قوله ولا بينته . نص عليه . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى المحرر ، والفروع ، وغيرهما ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

ويحتمل أن تقبل بينته .

قال الحارثي : وهو المنصوص من رواية أبي طالب . وهو الحق .

وقال : وهذا المذهب عندي . وأطلقهما في المغني ، والشرح .

وأما إن ادعى الرد أو التلف بعد جحوده بها ، بأن يدعي عليه يوم الجمعة فينكر ، ثم يقر وتقوم البينة به .فيقيم بينته بتلفها أو ردها يوم السبت ، أو بعده مثلا . فهذا تقبل فيه البينه بالرد .قولا واحداً .

وتقبل في التلف على الصحيح من المذهب . جزم به في المحرر ، والوجيز .

قال في الفروع : والأصح وتسمع بتلف .

وقيل : لاتقبل . وهو ظاهر كلام المصنف هنا ، وأبي الخطاب ، والسامري ، وصاحب التلخيص ، والمنتخب ، والزركشي ، وجماعة . لأنهم أطلقوا .

قلت : وهو الصواب .

واقتصر في المحرر على قبول قوله إذا ادعى رداً متأخراً .

فظاهره : أنه إذا ادعى تلفاً متأخراً : لايقبل . وكذا قال في الرعايتين ، والحاوي الصغير ، والمنور . وصرح به في شرح المحرر ، وتذكرة ابن عبدوس .

فائدتان

إحداهما : لو شهدت بينة بالتلف أو الرد ، ولم تعين : هل ذلك قبل جحوده أو بعده ؟ واحتمل الأمرين : لم يسقط الضمان .

قلت : ويحتمل السقوط . لأنه الأصل .

الثانية : لو قال : لك وديعة . ثم ادعى ظن بقائها ، ثم علم تلفها . أو ادعى الرد إلى ربها ، فأنكره ورثته . فهل يقبل قوله ؟ فيه وجهان . وأطلقهما في الفروع . وأطلقهما في الأولى في الرعاية الكبرى .

أحدهما : لا يقبل قوله في المسألة الأولى .

وقدمه فى المغنى عند قول الخرقى « و إذا قال : عندى عشرة دراهم ، ثم قال : وديعة » .

وقدمه الشارح فى باب ما إذا وصل بإقراره مايغيره . وهو ظاهر كلام ابن رزين فى شرحه .

وقال القاضى : يقبل قوله . لأن الإمام أحمد رحمه الله قال ـ فى رواية ابن منصور ـ إذا قال : لك عندى وديعة دفعتها إليك : صدق . انتهى .

قلت : وهذا الصواب .

وأما إذا ادعى الرد إلى ربها ، وأنكره ورثته . فالصحيح : أنه يقبل قوله . كما لو كان حياً .

ثم وجدته فى الرعاية الكبرى قطع بأنه لايقبل إلا ببينة .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : مَالَكَ عِنْدِى شَىْءٌ : قُبِلَ قَوْلُهُ فِى الرَّدِّ وَالتَّلَف ﴾ بلا نزاع .

لكن إن وقع التلف بعد الجحود وجب الضمان . لاستقرار حكمه بالجحود . فيشبه الغاصب . ذكره الشارح . واقتصر عليه الحارثى .

وقال : والإطلاق هنا محمول عليه .

وقال الزركشى : يقبل قوله فى الرد والتلف .

ولا فرق بين قبل الجحود و بعده ، على ظاهر إطلاق جماعة .

وقال القاضى فى المجرد ، وقد قيل : إن شهدت البينة بالتلف بعد الجحود : فعليه الضمان . و إن شهدت بالتلف قبله : فلا ضمان .

قوله ﴿ فَإِنْ مَاتَ الْمُودَعُ فَادَّعَى وَارِثُه الرَّدّ : لَمْ يُقْبَلْ إلاَّ بِبَيِّنَةٍ ﴾ بلا نزاع .

وكذا حكم دعوى الملتقط ، ومن أطارت الريح إلى داره ثوباً : الردَّ إلى المالك .

قال فى القواعد : ويتوجه قبول دعواه فى حالة لايضمن فيها بالتلف . لأنه مؤتمن شرعاً فى هذه الحالة .

ولو ادعى الوارث أن مورثه ردها لم يقبل أيضاً . إلا ببينة عند الأصحاب .

قال الحارثى : وقد يتخرج لنا قول بالقبول من أحد الوجهين ، فيما إذا كان عنده وديعة فى حياته لم توجد بعينها ، ولا يعلم بقاءها . لأن الأصل عدم الحصول فى يد الوارث . وكذلك مالو ادعى التلف فى يد مورثه . انتهى .

قال فى القاعدة الرابعة والأربعين : ولا حاجة إلى التخريج إذن . لأن الضمان على هذا الوجه منتف ، سواء ادعى الوارث الرد أو التلف ، أو لم يدع شيئاً (١) .

قوله ﴿ وَإِنْ تَلِفَتْ عِنْدَ الوَارِثِ قَبْلَ إِمْكَانِ رَدِّهَا : لَمْ يَضْمَنْهَا ﴾ بلا نزاع ﴿ وَبَعْدَهُ يَضْمَنُهَا فِى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ﴾

وهو المذهب . صححه فى التصحيح ، والنظم ، وشرح الحارثى .

قال فى القاعدة الثالثة والأربعين : والمشهور الضمان . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادى ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى التلخيص . وقال : ذكره أكثر الأصحاب . وقدمه فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير .

والوجه الثانى : لايضمنها .

قال الحارثى : وهذا لا أعلم أحداً ذكره إلا المصنف .

قلت : قد أشار إليه فى التلخيص وغيره .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، وابن منجا ، والرعاية الكبرى .

وقيل : لا يضمنها إن لم يعلم بها صاحبها . جزم به فى المحرر ، وتذكرة ابن عبدوس .

---

(١) من هنا خرم فى نسخة المصنف قدر ورقتين .

وقال فى الرعاية الصغرى : وهو أولى . وأطلقهن فى الفروع ، والفائق .

فائدة : إذا حصل فى يده أمانة بدون رضى صاحبها : وجبت المبادرة إلى ردها ، مع العلم بصاحبها والتمكن منه . ودخل فى ذلك اللقطة .

وكذا الوديعة ، والمضاربة ، والرهن ، ونحوها : إذا مات المؤتمن وانتقلت إلى وارثه .

وكذا لو أطارت الريح ثوباً إلى داره لغيره .

ثم إن كثيراً من الأصحاب قالوا هنا : الواجب الرد .

وصرح كثير منهم بأن الواجب أحد شيئين : إما الرد ، أو الإعلام . كما فى المستوعب ، والمغنى ، والمحرر ، والشرح . وذكر نحوه ابن عقيل . وهو مراد غيرهم .

ثم إن الثوب : هل يحصل فى يده ، لسقوطه فى داره من غير إمساك أو لا ؟ .

قال القاضى : لا يحصل فى يده بذلك . وخالف ابن عقيل .

والخلاف هنا منزل على الخلاف فيما إذا حصل فى أرضه من المباحات : هل يملكها بذلك أم لا ؟ على ماتقدم فى كتاب البيع .

وكذا حكم الأمانات إذا فسخها المالك . كالوديعة ، والوكالة ، والشركة ، والمضاربة : يجب الرد على الفور لزوال الائتمان . صرح به القاضى فى خلافه . وسواء كان الفسخ فى حضرة الأمين ، أو غيبته .

وظاهر كلامه : أنه يجب فعل الرد .

وعلى قياس ذلك : الرهن بعد استيفاء الدين ، والعين المؤجرة بعد انقضاء المدة .

وذكر طائفة من الأصحاب فى العين المؤجرة : لا يجب على المستأجر فعل الرد . ومنهم من ذكر فى الرهن كذلك .

ذكر معنى ذلك فى القاعدة الثانية والأربعين .

وأما إذا مات المودع ، ولم يبين الوديعة ، ولم تعلم : فهى دين فى تركته . تقدم ذلك فى كلام المصنف ، فى أواخر المضاربة .

فائدة جليلة : تثبت الوديعة بإقرار الميت ، أو ورثته ، أو بينته .

وإن وجد خط موروثه « لفلان عندى وديعة » وعلى كيس « هذا لفلان » عمل به وجوباً . على الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع : ويعمل به على الأصح .

قال الحارثى : هذا المذهب . نص عليه من رواية إسحاق بن إبراهيم فى الوصية . ونصره ، ورد غيره .

وقال : قاله القاضى أبو الحسين ، وأبو الحسن ابن بكروس . وقدمه فى المستوعب ، والتلخيص . وهو الذى ذكره القاضى فى الخلاف .

وقيل : لا يعمل به . ويكون تركة .

اختاره القاضى فى المجرد ، وابن عقيل ، والمصنف . وقدمه الشارح ، ونصره وجزم به فى الحاوى الصغير ، والنظم .

وإن وجد خطه بدين له على فلان : حلف الوارث ، ودفع إليه . قطع به فى المغنى ، والشرح ، والفروع، وشرح الحارثى ، وإعلام الموقعين

وإن وجد خطه بدين عليه . فقيل : لا يعمل به ، ويكون تركة مقسومة .

اختاره القاضى فى المجرد ، وجزم به فى الفصول ، والمذهب . وقدمه فى المغنى ، والشرح .

وقيل : يعمل به ، ويدفع إلى من هو مكتوب باسمه .

قال القاضى أبو الحسين : المذهب وجوب الدفع إلى من هو مكتوب باسمه . أومأ إليه . وجزم به فى المستوعب .

وهو الذى ذكره القاضى فى الخلاف : هو ظاهر ماقطع به فى إعلام الموقعين . وقدمه فى التلخيص . وصححه فى النظم . وهو المذهب عند الحارثى . فإنه قال : والكتابة بالديون عليه كالكتابة بالوديعة ، كما قدمنا . حكاه غير واحد . منهم السامرى ، وصاحب التلخيص . انتهى .

وتقدم كلامه فى المسألة الأولى . وأطلقهما فى الفروع ، والرعاية .

قوله ﴿ وَإِنْ ادَّعَى الوَدِيعَةَ اثْنَانِ ، فَأَقَرَّ بِهَا لِأَحَدِهِمَا : فَهِيَ لَهُ مَعَ يَمِينِهُ ﴾ بلا نزاع أعلمه .

لكن قال الحارثى : وهذا اللفظ ليس على ظاهره . من جهة أنه مشعر بأن كمال الاستحقاق يتوقف على اليمين . وهى إنما تفيد الاستحقاق حال ردها على المدعى عند من قال به ، أو حال تعذر كمال البينة ، وما نحن فيه ليس واحداً من الأمرين .

لايقال : المودَع شاهد ، ولو كان كذلك لاعتبرت له العدالة ، وصيغة الشهادة . والأمر بخلافه . فتعين تأويله على حلفه للمدعى . انتهى .

قوله ﴿ وَيَحْلِفُ المُودَعُ ـ بفتح الدال ـ أَيْضًا لِلْمُدَّعِي الآخَرِ ﴾ .

على الصحيح من المذهب . جزم به هنا فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، والرعاية ، والوجيز ، والفائق ، وغيرهم .

قال فى المحرر ، والفروع : حلف فى الأصح . ذكراه فى باب الدعاوى .

وقيل : لا يلزمه يمين .

فعلى المذهب : إن نكل فعليه البدل للثانى . بلا نزاع .

فائدتان

إحداهما : لو تبين للمقر بعد الاقتراع : أنها للمقروع . فقال الإمام أحمد رحمه الله : قد مضى الحكم . أى لا تنزع من القارع . وعليه القيمة للمقروع .

الثانية : لو دفع الوديعة إلى من يظنه صاحبها . ثم تبين خطؤه : ضمنها لتفريطه . صرح به القاضى .

وخرج فى القواعد وجهاً بعدم الضمان عليه . وإنما هو على المتلف وحده .

قوله ﴿ وَإِنْ أَقَرَّ بِهَا لَهُمَا فَهِيَ لَهُمَا . وَيَحْلِفُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ﴾

بلا نزاع أعلمه .

فإن نكل فعليه بذل نصفها لكل واحد منهما . و يلزم كل واحد منهما الحلف لصاحبه كما تقدم .

ولم يذكره المصنف . وكأنه اكتفى بالأول .

قوله ﴿ فإِنْ قَالَ : لَا أَعْرِفُ صَاحِبَهَا : حَلَفَ أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ ﴾

يعني يميناً واحدة .

إذ أقر بها لأحدهما ، وقال : لا أعرف عينه .

فلا يخلو : إما أن يصدقاه أولا . فإن صدقاه فلا يمين عليه . إذ لا اختلاف . وعليه التسليم لأحدهما بالقرعة مع يمينه . ذكره في التلخيص . واقتصر عليه الحارثي . وقال : هو المذهب ، ونصوص أحمد تقتضيه .

و إن لم يصدقاه . فلا يخلو : إما أن يكذباه ، أو يسكتا . فإن لم يكذباه : قبل قوله بغير يمين .

ذكره غير واحد منهم : أبو الخطاب ، وأبو الحسين ، والشريف أبو جعفر ، واقتصر عليه الحارثي .

وذكر عن الشافعية وجهاً آخر . وعلله .

قال الحارثي : وهذا بمجرده حق ، إن لم يقم دليل على اعتبار صريح الدعوى لوجوب اليمين . انتهى .

ثم قال القاضي ، وغيره : يقرع بين المتداعيين . فمن أصابته القرعة حلف أنها له ، وأعطى .

و إن كذباه : حلف أنه لا يعلم . كما قال المصنف .

قال الحارثي : وهو قول القاضي ومن بعده من الأصحاب .

وتقدم أن المذهب : لا يمين على مدعى التلف ومنكر الجناية والتفريط ونحوه ،

إلا أن يكون متهماً . وهذا كذلك . فلا يمين على المذهب . نظراً إلى أن المالك ائتمنه .

وعلى القول بالحلف : يحلف يميناً واحدة . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وقال الحارثى : خلافاً لأبى حنيفة . لتغاير الحقين . كما فى إنـكار أصل الإيداع . قال : وهذا قوى . انتهى .

وإذا تحرر هذا ، فيقرع بينهما . فمن قرع صاحبه حلف وأخذ . كما قال المصنف ، ونص عليه فى أصل المسألة من وجوه كثيرة .

وإن نـكل المودَع عن اليمين . فقال فى المجرد : يقضى عليه بالنكول . فيلزمه الحاكم بالإقرار لأحدهما .

فإن أبى ، فقياس المذهب : يقرع بينهما . ولم يذكر غرما .

وقال فى التلخيص : يقوى عندى أن من جملة القضايا لنكول غرم القيمة . فيغرم القيمة .

قال الحارثى : وكذا قال غيره . وجزم به فى الفائق ، والزركشى .

فعلى هذا : يؤخذ بالقيمة مع العين . فيقترعان عليها أو يتفقان .

هذه طريقة صاحب المحرر ، وجماعة . وقدمها الحارثى ، وقال : فى كلام المحرر مايقتضى الاقتراع على العين . فمن أخذها بالقيمة تعينت القيمة للآخر . قال : وهو أولى . لأن كلا منهما يستحق مايدعيه فى هذه الحالة ، أو بدله عند التعذر . والتعذر لايتحقق بدون الأخذ . فتعين الاقتراع . انتهى .

قال فى التلخيص : وكذلك إذا قال « أعلم المستحق ، ولا أحلف »

ويأتى الكلام بأتم من هذا فى باب الدعاوى والبينات . فى القسم الثالث إن شاء الله تعالى .

فائدة : إذا قامت البينة بالعين لأخذ القمية : سلمت إليه . وردت القيمة إلى المودع ، ولا شيء للقارع .

قوله ﴿ وَإِنْ أَوْدَعَهُ اثْنَانِ مَكِيلاً ، أَوْ مَوْزُوناً . فَطَلَبَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ : سَلَّمَهُ إِلَيْهِ ﴾ .

مراده : إذا كان ينقسم . وهو معنى قول بعض الأصحاب « لاينقص بتفرقة » وهذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والبلغة ، والوجيز وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وشرح الحارثى ، وغيرهم .

وقيل : لايلزمه الدفع إلا بإذن شريكه أوالحاكم . اختاره القاضى ، والناظم .

وكذا الحكم لو كان الشريك حاضراً ، وامتنع من المطالبة بنصيبه والإذن فى التسليم إلى صاحبه .

قوله ﴿ وَإِنْ غُصِبَتِ الوَدِيعَة : فَهَلْ لِلْمُودِعِ الْمُطَالَبَةُ بِهَا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى المذهب ، والمغنى والشرح ، والفائق ، والحاوى الصغير .

أحدهما : له المطالبة بها . وهو المذهب . اختاره أبو الخطاب فى الهداية . وصححه فى التصحيح ، والنظم . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الفروع ، والرعايتين .

والوجه الثانى : ليس له ذلك . اختاره القاضى . وصححه فى البلغة . وقدمه فى المستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص . ومال إليه الحارثى .

فوائد

إحداها : حكم المضارب ، والمرتهن ، والمستأجر فى المطالبة — إذا غصب منهم ما بأيديهم — حكم المودَع . قاله أكثر الأصحاب . وقدم فى الخلاصة أنه ليس له

المطالبة فى الوديعة . وجزم بالجواز فى المرتهن ، والمستأجر . ومال إليه الحارثى .

وقال المصنف فى المضارب : لايلزمه المطالبة مع حضور رب المال .

الثانية : لو أكره على دفع الوديعة لغير ربها : لم يضمن . قاله الأصحاب . ذكره الحارثى .

قلت : منهم القاضى فى المجرد ، وابن عقيل فى الفصول ، والمصنف فى المغنى وصاحب التلخيص ، والشارح ، وغيرهم .

قال المجد فى شرحه : المذهب لايضمن . انتهى .

وفى الفتاوى الرجبيات عن أبى الخطاب ، وابن عقيل : الضمان مطلقاً . لأنه افتدى به ضرره .

وعن ابن الزاغونى : إن أكره على التسليم بالتهديد والوعيد : فعليه الضمان ولا إثم . وإن ناله العذاب فلا إثم ولا ضمان . ذكره فى القاعدة السابعة والعشرين .

وإن صادره السلطان : لم يضمن على الصحيح من المذهب . اختاره أبو الخطاب . وقدمه فى الفروع .

وقال أبو الوفاء : يضمن إن فرط .

وإن أخذها منه قهراً : لم يضمن عند أبى الخطاب . وقطع به فى التلخيص ، والفائق .

وعند أبى الوفاء : إن ظن أخذها منه بإقراره كان دالا ، ويضمن .

وقال القاضى فى الخلاف ، وأبو الخطاب فى الانتصار : يضمن المال بالدلالة . وهو المودَع .

وفى فتاوى ابن الزاغونى : من صادره سلطان ، ونادى بتهديد من عنده وديعة فلم يحملها ، إن لم يعينه ، أو عينه وتهدده ولم ينله : أثم وضمن ، وإلا فلا . انتهى .

قال الحارثى ، وإذا قيل : التوعد ليس إكراهاً . فتوعده السلطان حتى سلم .

فجواب أبى الخطاب ، وابن عقيل ، وابن الزغونى : وجوب الضمان ، ولا إثم . وفيه بحث .

وإذا قيل : إنه إكراه . فنادى السلطان : من لم يحمل وديعة فلان عمل به كذا وكذا . فحملها من غير مطالبة : أثم وضمن . وبه أجاب أبو الخطاب ، وابن عقيل فى فتاويهما .

وإن آل الأمر إلى اليمين ولا بد : حلف متأولا .

وقال القاضى فى المجرد : له جحدها .

فعلى المذهب : إن لم يحلف حتى أخذت منه : وجب الضمان ، للتفريط . وإن حلف ولم يتأول أثم .

وفى وجوب الكفارة روايتان . حكاهما أبو الخطاب فى الفتاوى .

قلت : والصواب وجوب الكفارة مع إمكان التأويل وقدرته عليه ، وعلمه بذلك ولم يفعله .

ثم وجدت فى الفروع فى باب جامع الأيمان ، قال : ويكفر على الأصح إن أكره على اليمين بالصلاق .

فأجاب أبو الخطاب : بأنها لا تنعقد ، كما لو أكره على إيقاع الطلاق .

قال الحارثى : وفيه بحث . وحاصله : إن كان الضرر الحاصل بالتغريم كثيراً يوازى الضرر فى صور الإكراه : فهو إكراه لا يقع ، وإلا وقع على المذهب . انتهى .

وعند ابن عقيل : لا يسقط لخوفه من وقوع الطلاق . بل يضمن بدفعها افتداء عن يمينه .

وفى فتاوى ابن الزغوانى : إن أبى اليمين بالطلاق ، أو غيره . فصار ذريعة إلى أخذها . وكإقراره طائعاً . وهو تفريط عند سلطان جائر . نقله فى الفروع فى باب جامع الأيمان .

الثالثة : لو أخَّر رد الوديعة بعد طلبها ، بلا عذر : ضمن ، و بعذر : لا يضمن . كالخوف فى الطريق ، والعجز عن الحمل ، وعن الوصول إليها ، لسيل أو نار ونحو ذلك .

وفى معنى ذلك : إتمام المكتوبة ، وقضاء الحاجة ، وملازمة الغريم يخاف فوته . و يمهل لأكل ونوم وهضم طعام ، والمطر الكثير ، والوحل الغزير ، أو لكونه فى حمام ، حتى يخرج . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع .

قال فى المغنى وغيره : إن قال أمهلونى حتى آكل فإنى جائع ، أو أنام فإنى ناعس ، أو ينهضم الطعام عنى فإنى ممتلىء : أمهل بقدر ذلك .

قال الحارثى : وهو الصحيح ، قال : والظاهر من كلام غير واحد : منع التأخير إعتباراً بإمكان الدفع .

قلت : وهو ظاهر كلام الخرقى .

وقال فى الترغيب [(١)] والتلخيص : إن أخَّر لكونه فى حمام ، أو على طعام إلى قضاء غرضه : ضمن ، و إن لم يأثم على وجه .

واختاره الأزجى فقال : يجب الرد بحسب العادة ، إلا أن يكون تأخيره لعذر . و يكون سبباً للتلف . فلم أرَ نصا . و يقوى عندى : أنه يضمن لأن التأخير إنما جاز بشرط سلامة العاقبة . انتهى .

الرابعة : لو أمره بالرد إلى وكيله فتمكن ، وأبىَ : ضمن . على الصحيح من المذهب ، ولو لم يطلبها وكيله . قاله فى التلخيص ، والفروع .

وقيل : لا يضمن إلا إذا طلبها وكيله ، وأبىَ الرد .

و إذا دفعها إلى الوكيل ولم يُشهد ، ثم جحد الوكيل : لم يضمن بترك الإشهاد . بخلاف الوكيل فى قضاء الدين . فإنه يضمن بترك الإشهاد . لأن شأن الوديعة الإخفاء . قاله فى التلخيص وغيره .

---

(١) إلى هنا انتهى الخرم من نسخة المصنف .

وتقدم إذا ادعى الإذن فى دفعها إلى إنسان فى كلام المصنف وهنـاك . مايتعلق بهذا .

الخامسة ، لو أخر دفع مال أمر بدفعه بلا عذر : ضمن ، كما تقدم نظيره فى الوديعة . وهذا الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

وقيل : لا يضمن . واختاره أبو المعـالى ، بناء على اختصاص الوجوب بأمر الشرع .

قلت : الأمر المجرد عن القرينة : هل يقتضى الوجوب أم لا ؟

فيه خمسة عشر قولاً للعلماء .

من جملتها : أن أمر الشارع للوجوب دون غيره . كما اختاره أبو المعالى .

والصحيح من المذهب : أنه للوجوب مطلقاً .

ذكر الأقوال ومن قال بكل قول فى القواعد الأصولية فى القاعدة الثالثة والأربعين .

السادسة : لو قال : خذ هذا وديعة اليوم لا غداً ، وبعده يعود وديعة . فقيل : لا تصح الوديعة من أصلها .

وقيل : تصح فى اليوم الأول دون غيره .

وقيل : تصح فى اليوم الأول ، وفى بعد الغد .

قال القاضى فى التعليق : هى وديعة على الدوام . ذكره عنه الحارثى : وأطلقهن فى الفروع .

وإن أمره رده فى غد ، وبعده تعود وديعة : تعين رده

السابعة : لو قال له : كلما خنت ثم عدت إلى الأمانة ، فأنت أمين : صح . لصحة تعليق الإيداع على الشرط ، كالوكالة . صرح به القاضى . قاله فى القاعدة الخامسة والأربعين .

باب إحياء الموات

قوله ﴿ وَهِيَ الْأَرْضُ الدَّاثِرَةُ التِى لَا يُعْلَمُ أَنَّهَا مُلِـكَتْ ﴾ .

قال أهل اللغة « الموات من الأرض هى التى لم تستخرج ولم تعمر » .

قال الحارثى : وظاهر إيراد المصنف : تعريف « الموات » بمجموع أمرين : الاندراس ، وانتفاء العلم ، تحصيلاً للمعنى المتقدم عن أهل اللغة : أنه الذى لم يستخرج ، ولم يعمر . وعليه نص الإمام أحمد رحمه الله ، وذكره .

قال : ولو اقتصر المصنف على ما قالوا لـكان أولى وأبين . فإن الدثور يقتضى حدوث العطل بعد أن لم يكن ، حيث قالوا : قَدُم ودَرَس . وذلك يستلزم تقدم عمارة . وهو مُناف لانتفاء العلم بالملك .

قال : ويحتمل أن يريد بالداثرة : التى لم تستخرج ولم تعمر . وهو الأظهر من إيراده لقوله بعده « فإن كان فيها آثار الملك » .

فعلى هذا يكون وصف « انتفاء العلم بالملك » تعريفاً لما يملك بالإحياء من الموات ، لا لماهية الموات . وذلك حكم من الأحكام .

ثم مايملك بالإحياء ، لا يكفى فيه ما قال . فإن حريم العامر ، وما كان حمى أو مصلى : لا يملك ، مع أنه غير مملوك .

ويرد أيضـاً على ما قال : ما علم ملـكه لغير معصوم . فإنه جائز الإحياء .

قال : والأضبط فى هذا : ما قيل « الأرض المنفـكة عن الاختصاصات ، وملك المعصوم » فيدخل كل مايملك بالإحياء. ويخرج كل ما لا يملك به . انتهى.

قوله ﴿ فإنْ كانَ فيهاَ آثارُ الملْكِ ، وَلاَ يُعْلَمُ لَهاَ مَالِكٌ : فَعَلَى رِوَايتَيْنِ ﴾

إن كان الموات لم يجر عليه ملك لأحد ، ولم يوجد فيه أثر عمارة : مُلِكَ بالإحياء بلا خلاف . ونص عليه مراراً .

وإن عُلم له مالك بشراء أو عطية ، والمالك موجود ــ هو أو أحد من ورثته ــ :

لم يملك بالإحياء بلا خلاف ، بل هو إجماع . حكاه ابن عبد البر وغيره .

وإن كان قد ملك بالإحيـاء ، ثم تُرِكَ حتى دَثَرَ وعاد مواتاً : فهذا أيضاً لا يملك بالإحياء كذلك ، إذا كان لمعصوم .

وإن علم ملكه لمعين غير معصوم ، فإذا أحياه بدار الحرب واندرس : كان كموات أصلى . يملكه المسلم بالإحياء . قاله فى المحرر . وقدمه الحارثى .

وقال القاضى ، وابن عقيل ، وأبو الفرج الشيرازى : لا يملك بالإحياء .

قال الحارثى : ويقتضيه مطلق نصوصه .

وإن كان لا يعلم له مالك . فهو أربعة أقسام :

أحدها : ما أثر الملك فيه غير جاهلى ، كالقرى الخربة ، التى ذهبت أنهارها ، ودرست آثارها . وقد شملها كلام المصنف . ففى ملكها بالإحياء روايتان . وأطلقهما الحارثى ، وغيره .

إحداهما : لا تملك بالإحياء .

والرواية الثانية : تملك بالإحيـاء . وصححه فى الحاوى الصغير ، والفائق ، والنظم . وأطلقوا .

والصحيح من المذهب : التفرقة بين دار الحرب ودار الإسلام . كما يأتى قريباً

تنبيه : لفظ المصنف وغيره : يقتضى تعميم الخلاف فى المندرس بدار الإسلام وبدار الحرب .

وقد صرح به فى كل منهما : القاضى ، وابن عقيل ، والقاضى أبو الحسين ، وأبو الفرج الشيرازى ، والمصنف فى المغنى ، والشارح ، وغيرهم .

قال الحارثى : وبالجملة ، فالصحيح : المنع فى دار الإسلام . وكذا قال الأصحاب .

بخلاف دار الحرب . فإن الأصح فيه الجواز . ولم يذكر ابن عقيل فى التذكرة سواه .

قال فى الرعايتين : وتملك بالإحياء ــ على الأصح ــ قرية خراب ، لم يملكها معصوم .

و إذا قيل بالمنع فى دار الإسلام : كان للإمام إقطاعه . قاله الأصحاب : القاضى فى الأحكام السلطانية ، وصاحب المستوعب ، والتلخيص ، وغيرهم .

القسم الثانى : ما أثر الملك فيه جاهلى قديم ــ كديار عاد ، ومساكن ثمود ، وآثار الروم ــ وقد شملها أيضاً كلام المصنف . وكذا كلام القاضى ، وابن عقيل ، وغيرهم من الأصحاب .

ولم يذكر القاضى فى الأحكام السلطانية خلافاً فى جواز إحيائه . وكذلك المصنف فى المغنى . وهو الصحيح من المذهب . وهى طريقة صاحب المحرر ، والوجيز ، وغيرهما .

قال الحارثى : وهو الحق ، والصحيح من المذهب . فإن الإمام أحمد رحمه الله وأصحابه لا يختلف قولهم فى البئر العادية . وهو نص منه فى خصوص النوع .

وصحح الملك فيه بالإحياء : صاحب التلخيص ، والفائق ، والشرح ، والفروع ، والتصحيح ، وغيرهم .

القسم الثالث : ما لا أثر فيه جاهلى قريب . وقد شمله كلام المصنف .

والصحيح من المذهب : أنه يملك بالإحياء . قاله الحارثى وغيره .

والرواية الثانية : لا يملك .

القسم الرابع : ما تردد فى جريان الملك عليه . وفيه روايتان . ذكرهما ابن عقيل فى التذكرة ، والسامرى ، وصاحب التلخيص ، وغيرهم .

وقالوا : الأصح الجواز .

والرواية الثانية : عدم الجواز .

فائدتان

إحداهما : لو ملكها من له حرمة ، أو من يشك فيه ، ولم يعلم : لم يملك بالإحياء . على الصحيح من المذهب . لأنها فئ .

قال الزركشي : وهو المشهور عنه. وهو مقتضى كلام الخرقي ، واختيار أبي بكر والقاضي ، وعامة أصحابه ، كالشريف ، وأبي الخطاب ، والشيرازي . انتهى .

وصححه في التصحيح وغيره . وقدمه في الفروع وغيره .

وعنه : تملك بالإحياء .

قال في الفائق : ملكت في أظهر الروايات .

وعنه تملك مع الشك في سابق العصمة . اختاره جماعة . قاله في الفروع ، منهم : صاحب التلخيص . وأطلقهن في الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والنظم .

الثانية : لو عُلم مالكها ، ولكنه مات ولم يعقب . فالصحيح من المذهب : أنها لا تملك بالإحياء .

وعنه تملك بالإحياء . وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، والخلاصة .

فعلى المذهب : للإمام إقطاعها لمن شاء .

قوله ﴿ وَمَنْ أَحْيَى أَرْضًا مَيِّتَةً : فَهِيَ لَهُ ، مُسْلِماً كانَ أَوْ كافِرًا ، بِإِذْنِ الإِمَامِ أَوْ غَيْرِ إِذْنِهِ ، فِي دَارِ الإِسْلاَمِ وَغَيْرِهَا، إِلَّاَ أَنْ أَحْيَاهُ مُسْلِمٌ فِي أَرْضِ الْكُفَّارِ التِي صُولِحُوا عَلَيْهَا . وَمَا قَرُبَ مِنَ العَامِرِ ، وَتَعَلَّقَ بِمَصَالِحِهِ : لَمْ يُمْلَكْ بِالإِحْيَاءِ ﴾ .

ذكر المصنف هنا مسائل :

إحداها : ماأحياه المسلم من الأرض الميتة . فلاخلاف في أنه يملكه بشروطه الآتية .

الثانية : ما أحياه الكفار ، وهم صنفان :

صنف أهل ذمة ، فيملكون ما أحيوه . على الصحيح من المذهب . نص عليه . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وصححه فى الخلاصة ، وغيرها .

قال الزركشى : هو المنصوص . وعليه الجمهور . وقدمه فى الهداية ، والمذهب والمستوعب ، والمغنى ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والشرح ، والفروع ، والفائق ، وشرح الحارثى ، وغيرهم .

وقيل . لايملكه . وهو ظاهر قول ابن حامد .

لكن حمل أبو الخطاب فى الهداية ـ ومن تبعه ـ ذلك على دار الإسلام .

قال الحارثى : وذهب فريق من الأصحاب إلى المنع ـ منهم : ابن حامد ـ أخذاً من امتناع شفعته على المسلم . ورُدَّ . وفرق الأصحاب بينهما .

وقيل : لايملكه بالإحياء فى دار الإسلام .

قال القاضى : هو مذهب جماعة من الأصحاب . منهم ابن حامد .

قال فى المذهب ، ومسبوك الذهب : يملكه الذمى فى دار الشرك . وفى دار الإسلام وجهان .

فعلى المذهب المنصوص : إن أحيي عنوة : لزمه عنه الخراج . وإن أحيي غيره : فلا شيء عليه . على الصحيح من المذهب .

قال الزركشى : هذا أشهر الروايتين .

وعنه : عليه عشر ثمره وزرعه .

والصنف الثانى : أهل حرب . فظاهر كلام المصنف : أنهم كأهل الذمة فى ذلك كله . وهو ظاهر كلام جماعة . منهم صاحب الوجيز . وهو أحد الوجهين .

والصحيح من المذهب : أنه لا يملكه بالإحياء . وهو ظاهر كلامه فى المغنى ، والشرح ، والرعايتين ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

قلت : و يمكن حمل كلام من أطلق على أهل الذمة . وأن الألف واللام للعهد . لأن الأحكام جارية عليهم .

لـكن يرد على ذلك : كون المسألة ذات خلاف . فيكون الظاهر موافقا لأحد القولين .

و يرده كون المصنف لم يحك فى كتبه خلافاً .

قال الحارثى : والـكافر ـ على إطلاقه ـ صحيح فى أراضى الـكفار . لعموم الأدلة . وهو الصواب .

الثالثة : إن كان الإحياء بإذن الإمام : فلا خلاف أنه يملـكه بذلك .

و إن كان بغير إذنه : ملـكه أيضاً . على الصحيح من المذهب . كما جزم به المصنف هنا . فلا يشترط إذنه فى ذلك . وعليه جماهير الأصحاب .

قال الزركشى : عليه الأصحاب . نص عليه . وجزم فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقيل : لايملـكه إلا بإذنه . وهو وجه فى المبهج ، ورواية فى الإقنـاع ، والواضح .

الرابعة : ما أحياه المسلم من أرض الـكفار التى صولحوا عليها على أنهالهم . فهذه لاتملك بالإحياء . على الصحيح من المذهب ، كما قطع به المصنف هنا . وعليه الأصحاب .

وفيه احتمال : أنها تملك بالإحياء كغيرها .

الخامسة : ماقرب من العامر ، وتعلق بمصالحه ـ كطرقه وفنائه ، ومسيل مائه ، ومطرح قمامته ، وملقى ترابه وآلاته ، ومرعاه ، ومحتطبه ، وحريم والبئر والنهر ، ومرتـكض الخيل ، ومدفن الأموات ، ومناخ الإبل ونحوها .

فهذا لايملك بالإحياء . وعليه الأصحاب . ونص عليه من رواية غير واحد ولا يُقْطِعه الإمام . لتعلق حقه به . وقيل : لملـكه له .

تنبيه : ظاهر قول المصنف « فى دار الإسلام وغيرها » أن موات أرض العنوة كغيره . وهو صحيح . وهو المذهب . جزم به فى المستوعب .

وقدمه فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

قال الحارثى : وهو أقوى .

وعنه : لا تملك بالإحياء لكن تقر بيده بخراجها ، كما لو أحياها ذمىّ .

قال الحارثى : وهو المذهب عند ابن أبى موسى ، وأبى الفرج الشيرازى .

قال أبو بكر فى زاد المسافر : و به أقول . انتهى .

وعنه : إن أحياه مسلم فعليه عُشْر ثمره وزرعه .

وعنه : على ذمى أحيي غير عنوة : عشر ثمره وزرعه .

وقيل : لا موات فى أرض السواد . وحمله القاضى على عامره .

قال فى الرعاية الكبرى : وقيل لا موات فى عامر السواد . وقيل : ولا غامره .

فائدة : هل يملك المسلم موات الحرم وعرفات بإحيائه ؟ يحتمل وجهين . وأطلقهما فى التلخيص ، والرعاية ، والفروع .

قلت : الأولى أنه لا يملك ذلك بالإحياء . ثم وجدت الحارثى قال: هذا الحق .

قوله ﴿ وَإِنْ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِمَصَالِحِه . فَعَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، والمحرر ، وغيرهم .

إحداهما : يملكه بالإحياء . وهو الصحيح من المذهب .

قال فى الكافى : هذا المذهب . وصححه فى المستوعب ، والتلخيص ، والنظم ، والتصحيح ، والحارثى ، وغيرهم .

قال الزركشى : هى أنصهما وأشهرهما عند الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع وغيره .

والثانية : لا يملكه بإحيائه .

وقيل : يملكه صاحب العامر دون غيره .

فوائد

إحداها : حكم إقطاع ذلك حكم إحيائه .

الثانية : قال فى الفروع : لواختلفوا فى الطريق وقت الإحياء : جعلت سبعة أذرع . للخبر . ولا تُغَيَّر بعد وضعها . و إن زادت على سبعة أذرع . لأنها للمسلمين . نص عليه .

واختار ابن بطة أن الخبر ورد فى أرباب ملك مشترك أرادوا قسمته واختلفوا فى قدر حاجتهم .

قلت : قال الجوزجانى فى المترجم عن قول الإمام أحمد رحمه الله « لا بأس ببناء مسجد فى طريق واسع إذا لم يضر بالطريق » عنى الإمام أحمد رحمه الله من الضرر بالطريق : ماوقت النبى صلى الله عليه وسلم من السبع الأذرع .

قال فى القاعدة الثامنة والثمانين : كذا قال . قال : ومراده أنه يجوز البناء إذا فضل من الطريق سبعة أذرع . والمنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله : أن قول النبى صلى الله عليه وسلم « إذا اختلفتم فى الطريق فاجعلوه سبعة أذرع » فى أرض مملوكة لقوم أرادوا البناء ، وتشاحوا فى مقدار مايتركونه منها للطريق . و بذلك فسره ابن بطة ، وأبو حفص العكبرى ، والأصحاب . وأنكروا جواز تضييق الطريق الواسع إلى أن يبقى سبعة أذرع . انتهى .

وقدم ماقدمه فى الفروع : فى التلخيص وغيره .

الثالثة : إذا نضب الماء عن جزيرة : فلها حكم الموات . لكل أحد إحياؤها ، بعدت أو قربت . ذكره ابن عقيل ، والمصنف ، والشارح ، والحارثى ، وغيرهم . ونص عليه .

قال الحارثى : هذا مع عدم الضرر . ونص عليه . انتهى .

الرابعة : ماغلب الماء عليه من الأملاك واستبحر : باق على ملك ملاكه . لهم أخذه إذا نضب عنه . نص عليه . قاله الحارثى وغيره .

وقال فى الفروع : ولا يملك مانضب ماؤه . وفيه رواية .

تنبيهان

أحدهما : مفهوم قوله ﴿ وَلاَ تُملكُ المَعَادِنُ الظَّاهِرَةَ ﴾ .

كالملح والقار : والنفط والكحل ، والجص ، وكذلك الماء والكبريت ، والموميا ، والبرام ، والياقوت ، ومقاطع الطين ونحوه : أن المعادن الباطنة تملك . وهو وجه واحتمال للمصنف . وهو ظاهر كلام جماعة .

قال الحارثى : ونص عليه فى رواية حرب .

والصحيح من المذهب : أنها كالمعادن الظاهرة . فلا تملك .

قال المصنف ، والشارح ، وصاحب الفروع ، والفائق ، وغيرهم : هذا ظاهر المذهب .

قال الحارثى : قال الأصحاب : لا يملك بذلك ، ولا يجوز إقطاعه . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

فائدة : حكم المعادن الباطنة إذا كانت ظاهرة : حكم المعادن الظاهرة الأصل

التنبيه الثانى : مفهوم قوله عن المعادن الظاهرة « وليس للإمام إقطاعه » أن أن للإمام إقطاع المعادن الباطنة . وهو اختيار المصنف ، والشارح .

وذكر الحارثى أدلة ذلك ، وقال : هذا قاطع فى الجواز . فالقول بخلافه باطل . وصححه المصنف وغيره . وقد هداهم الله إلى الصواب . انتهى .

قال فى الفائق : ولا يجوز إقطاع مالا يملك من المعادن . نص عليه .

وقال الشيخ : يجوز . فظاهر عبارته إدخال الظاهرة والباطنة فى اختيار الشيخ .

والصحيح من المذهب : أنه ليس اللإمام إقطاعه ، كالمعادن الظاهرة .

قال المصنف والشارح: قاله أصحابنا .

وكذا قال الحارثى . وقدمه فى الفروع ، والفائق ، وغيرهما .

تنبيه : مثل المصنف وجماعة ـ رحمهم الله ـ من المعادن الظاهرة : بالملح .

قال الحارثى : وليس على ظاهره . فإن منه مايحتاج إلى عمل وحفر . وذلك من قبيل الباطن .

والصواب : أن المائى منه من الظاهر . وكذا الظاهر من الجبل ، وما احتاج إلى كشف يسير .

وأما المحتاج إلى العمل والحفر : فمن قبيل الباطن .

قوله ﴿ فإنْ كانَ بِقُرْبِ السَّاحِلِ مَوْضِعٌ إذَا حَصَلَ فِيهِ المَاءُ صَارَ مِلْحًا : مُلِكَ بالإحْيَاءِ ﴾ .

هذا المذهب . قال فى الفروع : والأصح أنه يملكه محييه .

قال فى الرعاية ، والفائق ، والحاوى الصغير : ملك بالإحياء فى أصح الوجهين . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والتلخيص ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم .

وقيل : لايملك بالإحياء .

قوله ﴿ وَإذَا مَلَكَ المحْيِي مَلَكَهُ بِمَا فِيهِ مِنَ المَعَادِنِ البَاطِنَة . كَمَعَادِنِ الذَّهَبِ وَالفِضَّةِ ﴾ .

إذا ملك الأرض بالإحياء ملكها بما ظهر فيها من المعادن ، ظاهراً كان أو باطناً .

قاله الأصحاب . منهم القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف ، والشارح ، والحارثى وصاحب الفروع ، وغيرهم .

قال الحارثى : وعبارة المصنف هنا لاتفى بذلك . فإنه اقتصر فى موضع الجامد

على لفظ « الباطن » وهى عبارة القاضى فى المجرد . فيحتمل أن يريد به ماقاله فى المغنى وغيره . وفى الإيراد قرينة تقتضيه ، وهو جعل الجارى قسيما للباطن .

ويحتمل إرادة الظاهر دون الباطن مما هو جامد لايدخل فى الملك . انتهى .

قوله ﴿ وَإِنْ ظَهَرَ فِيهِ عَيْنُ مَاءٍ ، أَوْ مَعْدِنٍ جَارٍ ، أَوْ كَلأٍ ، أَوْ شَجَرٍ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ . وَهَلْ يَمْلِكُهُ ؟ عَلَى رُوَايَتَيْنِ ﴾ .

إذا ظهر فيه عين ماء فهو أحق بها ، وهل يملكه ؟ أطلق المصنف فيه روايتين وأطلقهما فى المذهب ، ومسبوك الذهب .

إحداهما : لايملك . وهو الصحيح من المذهب . صححه فى المغنى ، والشرح ، والتصحيح ، وغيرهم .

وهذه عند المصنف ، وكثير من الأصحاب : أصح .

قال فى الهداية : وعنه فى الماء والكلأ لايملك . وهو اختيار عامة أصحابنا .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى المحرر ، والفروع ، وغيرهما .

والرواية الثانية : يملك . قدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة . واختاره أبو بكر عبد العزيز .

قال الحارثى : وهو الحق .

قال فى القواعد : وأكثر النصوص تدل على الملك .

وإذا ظهر فيه معدن جار فهو أحق به . وهل يملك بذلك ؟ فيه الروايتان .

قال الحارثى : مأخوذتان من روايتى ملك الماء . ولهذا صححوا عدم الملك هنا لأنهم صححوه هناك . انتهى .

وهذا المذهب ـ أعنى عدم ملكه بذلك ـ وصححه من صححه فى عدم الملك . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، والمحرر ، وغيرهما .

وعنه : يملك . قال الحارثي : وهو الصحيح . وجزم به فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، وغيرهم .

قال الحارثى : وهذا المنصوص . فيكون المذهب .

وإن ظهر كلأ أو شجر فهو أحق به ، وهل يملكه ؟

أطلق المصنف فيه روايتين . وأطلقهما فى المذهب .

إحداهما : لا يملك . وهو المذهب . نص عليه فى رواية إسحاق بن إبراهيم .

قال فى الهداية : عليه عامة أصحابنا .

قال الحارثى : وهذا أصح عند الأصحاب . منهم المصنف ، والشارح . قاله فى البيع من كتابه الكبير . ولم يورد أبو الفرج الشيرازى سواه . وصححه فى الشرح ، والتصحيح ، وغيرهما . وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى الفروع . والمحرر ، وغيرهما .

والرواية الثانية : يملكه . قدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة .

قوله ﴿ وَمَا فَضَلَ مِنْ مائِهِ : لَزِمَهُ بَذْلُه لبهَائِمِ غَيْرِهِ ﴾

هذا الصحيح . لكن بشرط أن لا تجد البهائم ماء مباحاً ولم يتضرر بذلك . وهو من مفردات المذهب .

واعتبر القاضى ، وابن عقيل ، وصاحب المستوعب ، والتلخيص ، والرعاية ، وجماعة : اتصاله بالمرعى .

وظاهر كلام المصنف هنا ، وأبى الخطاب ، والمحرر ، وغيرهم : عدم اشتراط ذلك . وقدمه فى الفروع . وهو المذهب .

وبذل مافضل من مائه لزوماً من مفردات المذهب .

قوله ﴿ وَهَلْ يَلْزَمُهُ بَذْلُهُ لِزَرْعِ غَيْرِهِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْن ﴾ .

وأطلقهما فى المذهب ، والخلاصة ، والمحرر ، والشرح .

إحداهما : يلزمه . وهو المذهب .

قال فى الفروع : يلزمه على الأصح . لكن قال الإمام أحمد رحمه الله : إلا أن يؤذيه بالدخول ، أو له فيه ماء السماء ، فيخاف عطشاً . فلا بأس أن يمنعه .

وقدمه فى الهداية ، والمستوعب .

قال الحارثى : هذا الصحيح ، واختيار أكثر الأصحاب . منهم أبو الخطاب ، والقاضى أبو الحسين ، والشيرازى ، والشريفان ـ أبو جعفر ، والزيدى ـ وهو من مفردات المذهب .

قال الإمام أحمد : ليس له أن يمنع فضل ماء يمنع به الكلأ . للخبر .

قال فى القاعدة التاسعة والتسعين : هذا الصحيح .

والرواية الثانية : لا يلزمه . صححه فى التصحيح ، والقاضى فى الأحكام السلطانية ، وابن عقيل .

قال الحارثى : ومال إليه المصنف . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق .

وقال فى الروضة : يكره منعه فضل مائه ليسق به . للخبر.

فوائد

الأولى : حيث قلنا لا يلزمه بذله : جاز له بيعه بكيل ، أو زن معلوم . ويحرم بيعه مقدراً بمدة معلومة . خلافاً لمالك .

ويحرم أيضاً بيعه مقدراً بالرى ، أو جزافاً . قاله القاضى وغيره ، واقتصر عليه فى الفروع .

قال القاضى : وإن باع آصُعاً معلومة من سائح : جاز . كماء عين . لأنه معلوم ، وإن باع كل الماء : لم يجز . لاختلاطه بغيره .

الثانية : إذا حفر بئراً بموات للسابلة ، فالناس مشتركون فى مائها ، والحافر كأحدهم فى السقى ، والزرع ، والشرب . قاله الأصحاب . ومع الضيق يقدم الآدمى .

ثم الحيوان . قاله الأصحاب . منهم صاحب الرعايتين ، والفروع ، والفائق ، والحاوى الصغير ، وغيرهم . ثم زاد فى الفائق : ثم الزرع . وهو مراد غيره .

وقال فى التلخيص : ومع الضيق للحيوان ، ومع الضيق للآدمى . والظاهر أن النسخة مغلوطة .

الثالثة : لو حفرها ارتفاقاً ـ كحفر السفارة فى بعض المنازل ، وكالأعراب والتركمان ينتجعون أرضاً فيحتفرون لشربهم ، وشرب دوابهم ـ فالبئر ملك لهم . ذكره أبو الخطاب . وقدمه الحارثى ، وقال : هو أصح . وهو الصواب .

وقال القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف ، وجماعة : لا يملكونها . وهو المذهب .

قال فى الفروع : فهم أحق بمائها ماأقاموا .

وفى الأحكام السلطانية : وعليهم بذل الفاضل لشاربه فقط . وتبعه فى المستوعب ، والتلخيص ، والترغيب ، والرعاية ، وغيرهم .

وبعد رحيلهم تكون سابلة للمسلمين .

فإن عاد المرتفقون إليها ، فهل يختصون بها ، أم هم كغيرهم ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى التلخيص ، والحارثى فى شرحه ، والفروع .

أحدهما : هم كغيرهم . واختاره القاضى فى الأحكام السلطانية .

والوجه الثانى : هم أحق بها من غيرهم . اختاره أبو الخطاب فى بعض تعاليقه

قال السامرى : رأيت بخط أبى الخطاب على هامش نسخة من الأحكام السلطانية ، قال : محفوظ ـ يعنى : نفسه ـ الصحيح : أنهم إذا عادوا كانوا أحق بها . لأنها ملكهم بالإحياء . وعادتهم أن يرحلوا فى كل سنة ، ثم يعودون . فلا يزول ملكهم عنها بالرحيل . انتهى .

قلت : وهو الصواب .

وقدمه فى الرعاية الكبرى ، والفائق .

قال فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير : فهو أولى بها فى أصح الوجهين .

الرابعة : لو حفر تملكا ، أو بملكه الحى : فنفس البئر ملك له . جزم به الحارثى وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

قال فى الرعاية : ملكها فى الأقيس .

قال فى الأحكام السلطانية : إن احتاجت طياً : ملكها بعده . وتبعه فى المستوعب ، وقال ــ هو وصاحب التلخيص ــ و إن حفرها لنفسه تملكها : فما لم يخرج الماء ، فهو كالشارع فى الإحياء . و إن خرج المـاء استقر ملكه ، إلا أن يحتاج إلى طى ، فتمام الإحياء بطيها . انتهيا .

وتقدم : هل يملك الذى يظهر فيها أم لا ؟ .

قوله ﴿ وَإِحْيَاءُ الْأَرْضِ : أَنْ يَحُوزَهَا بِحَائِطٍ ، أَوْ يُجْرِىَ لَهَا مَاءً ، أَوْ يَحْفُرَ فِيهَا بِئْرًا ﴾ .

مراده بالحائط : أن يكون منيعاً . وظاهر كلامه : أنه سواء أرادها للبناء ، أو للزرع ، أو حظيرة للغنم والخشب ، ونحوهما . وهذا هو الصحيح من المذهب . نص عليه . وقطع به الخرقى ، وابن أبى موسى ، والقاضى ، والشريف أبو جعفر ، قاله الزركشى . وصاحب الهداية ، والخلاصة ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى المستوعب ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم .

وقيل : إحياء الأرض : ماعد إحياء . وهو عمارتها بما تتهيأ به لما يراد منها من زرع أو بناء ، أو إجراء ماء . وهو رواية عن الإمام أحمد . اختاره القاضى ، وابن عقيل ، والشيرازى فى المبهج ، وابن الزاغونى ، والمصنف فى العمدة وغيرهم .

وعلى هذا قالوا : يختلف باختلاف غرض المحيى من مسكن وحظيرة وغيرهما . فإن كان مسكناً : اعتبر بناء حائط بما هو معتاد ، وأن يسقفه .

قال الزركشى : وعلى هذه الرواية : لا يعتبر أن يزرعها ويسقيهـا ، ولا أن

يفصلها تفصيل الزرع ، ويحوطها من التراب بحاجز ، ولا أن يقسم البيوت إذا كانت للسكنى ، فى أصح الروايتين وأشهرهما .

والأخرى : يشترط جميع ذلك . ذكرها القاضى فى الخصال . انتهى .

وذكر القاضى رواية بعدم اشتراط التسقيف . وقطع به فى الأحكام السلطانية

قال الحارثى : وهو الصحيح .

قال فى المغنى ، والشرح : لا يعتبر فى إحياء الأرض للسكنى نصب الأبواب على البيوت .

وقيل : مايتكرر كل عام ــ كالسقى ، والحرث ــ فليس بإحياء ، ومالايتكرر فهو إحياء .

قال الحارثى : ولم يورد فى المغنى خلافه .

تنبيه : قوله « أو يجرى لها ماء » يعنى إحياء الأرض : أن يجرى لها ماء ، إن كانت لا تزرع إلا بالماء .

ويحصل الإحياء أيضاً بالغراس ويملكها به .

قال فى الفروع : ويملكه بغرس وإجراء ماء . نص عليهما .

فائدة : فإن كانت الأرض مما لا يمكن زرعها إلا بحبس الماء عنها ــ كأرض البطائح ونحوها ــ فإحياؤها بسد الماء عنها ، وجعلها بحال يمكن زرعها . وهذا مستثنى من كلام المصنف وغيره ، ممن لم يستثنه .

ولايحصل الإحياء بمجرد الحرث ، والزرع .

وقيل : للإمام أحمد رحمه الله : فإن كرب حولها ؟ قال : لايستحق ذلك حتى يحيط .

قوله ﴿ وَإِنْ حَفَرَ بِئْرًا عَادِيَّةً : مَلَكَ حَرِيمَهَا خَمْسِينَ ذِرَاعًا ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ عَادِيَّةً ، فَحَرِيمُهَا خَمْسَةٌ وَعِشْرُونَ ذِرَاعًا ﴾ .

يعني من كل جانب فيهما . وهذا المذهب فيهما ، نص عليه فى رواية حرب ، وعبد الله .

قال المصنف ، والشارح : اختاره أكثر الأصحاب .

قال فى التلخيص : هذا المشهور .

قال الحارثى : هذا المشهور عن أبى عبد الله . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

قال الزركشى : نص عليه .

واختاره الخرقي ، والقاضى فى التعليق ، والشريف ، وأبو الخطاب فى خلافيهما ، والشيرازى ، والشيخان ، وغيرهم .

وهو من مفردات المذهب . قال ناظمها :

بحفر بئر فى موات يملك ... حريمها معها بذرْع يسلك

فخمسة تملك والعشرون ... وإن تكن عادية خمسون

وعنه : التوقف فى التقدير . نقله حرب . قاله القاضى ، وأبو الخطاب ، ومن تبعهم .

قال الحارثى : وهو غلط . قال : ولو تأملوا النص بكماله من مسائل حرب ، والخلال : لما قالوا ذلك .

وعند القاضى : حريمها قدر مَدّ رِشائها من كلّ جَانِبٍ .

واختاره ابن عقيل فى التذكرة . وذكر : أنه الصحيح .

قال فى التلخيص : اختاره القاضى ، وجماعة .

قال الحارثى : وأخشى أن يكون كلام القاضى هنا ماحكيناه فى المجرد الآتى الموافق لاختيار أبى الخطاب .

وقيل : قدر مايحتاج إليه فى ترقية مائها .

واختاره القاضى فى المجرد ، وأبو الخطاب فى الهداية .

قال المصنف فى المغنى ، والكافى ، والشارح . وقال القاضى ، وأبو الخطاب : ليس هذا الذرع المذكور على سبيل التحديد ، بل حريمها على الحقيقة : ماتحتاج إليه من ترقية مائها منها . فإن كان بدولاب : فقدر مدار الثور ، أو غيره . و إن كان بسانية : فقدر طول البئر . و إن كان يستقى منها بيده : فقدر مايحتاج إليه الواقف عندها . وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله .

وقيل : إن كان قدر الحاجة أكثر : فهو حريمها .

وإن كان التحديد المذكور أكثر : فهو حريمها . ذكره القاضى فى الأحكام السلطانية .

واختاره القاضى أبو الحسين ، وأبو الحسن بن بكروس .

وعند أبى محمد الجوزى : إن حفرها فى موات : فحريمها خمسة وعشرون ذراعاً من كل جانب . و إن كانت كبيرة : فخمسون ذراعا .

فائدة : البئر العادية ــ بتشديد الياء ــ هى القديمة . نقله ابن منصور . منسوبة إلى عاد . ولم يرد « عاداً » بعينها ، لكن لما كانت « عاد » فى الزمن الأول ، وكانت لها آبار فى الأرض : نسب إليها كل قديم .

وعند الشيخ تقى الدين رحمه الله ، العادية : هى التى أعيدت .

ونقل حرب ، وغيره : العادية هى التى لم تزل ، وأنه ليس لأحد دخوله . لأنه قد ملكه .

فوائد

منها : حريم العين خمسمائة ذراع . نص عليه من رواية غير واحد . وقاله القاضى فى الأحكام السلطانية ، وابنه أبو الحسين ، وابن بكروس ، وصاحب التلخيص ، وغيرهم . قاله الحارثى . وقدمه فى الرعايتين ، والفروع ، والحاوى الصغير ، والفائق ، وغيرهم .

وقيل : قدر الحاجة ، ولو كان ألف ذراع . اختـاره القاضى فى المجرد ، وأبو الخطاب ، والمصنف فى الكافى ، وغيرهم .

قال فى الفروع : اختاره جماعة .

ومنها : حريم النهر من جانبيه : مايحتاج إليه لطرح كرايته ، وطريق شاويه ، وما يستضر صاحبه بتملكه عليه ، و إن كثر .

قال فى الرعاية : و إن كان بجنبه مسناة لغيره : ارتفق بها فى ذلك ضرورة . وله عمل أحجار طحن على النهر ، ونحوه ، وموضع غرس ، وزرع ، ونحوهما . انتهى .

وقال فى الرعاية الصغرى : ومن حفر عيناً : ملك حريمها خمسمائة ذراع .

وقيل : بل قدر الحاجة .

قلت : وكذا النهر .

وقيل : بل مايحتاجه لتنظيفه . انتهى .

ومنها : حريم القناة . والمذهب : أنه كحريم العين ، خمسمائة ذراع . قاله الحارثى . وقال : واعتبره القاضى فى الأحكام السلطانية بحريم النهر .

ومنها : حريم الشجر قدر مدّ أغصانها . قاله المصنف وغيره .

ومنها : حريم الأرض التى للزرع : ما يحتاجه فى سقيها ، وربط دوابها ، وطرح سبخها ، وغير ذلك .

وحريم الدار من موات حولها : مطرح التراب ، والكناسة والثلج ، وماء الميزاب ، والممر إلى الباب .

ولا حريم لدار محفوفة بملك الغير.

ويتصرف كل واحد فى ملكه ، وينتفع به ، على ماجرت العادة عرفا .

فإن تعدى : منع .

فائدتان

إحداهما : قال فى المغنى ، ومن تابعه : إن سبق إلى شجر مباح ـ كالزيتون ، والخروب ـ فسقاه وأصلحه . فهو أحق به ، كالمتحجر الشارع فى الإحيـاء . فإن طعمه : ملـكه . وحريمه : تهيؤه لما يراد منه .

الثانية : لو أذن لغيره فى عمله فى معدنه ، والخارج له بغير عوض : صح . لقول الإمام أحمد رحمه الله « بعه بكذا . فما زاد فلك » .

وقال المجد : فيه نظر . لـكونه هبة مجهول .

ولو قال : على أن يعطيهم ألفاً مما لقى ، أو مناصفة ، فالبقية له ؟ فنقل حرب : أنه لم يرخص فيه .

ولو قال : على أن مارزق الله بيننا : فوجهان . وأطلقهما فى الفروع ، والمغنى ، والشرح .

أحدهما : لايصح . قدمه ابن رزين في شرحه .

قال الحارثى : أظهرهما الصحة .

قال القاضى : هو قياس المذهب . ولم يورد سواه . وذكر فيه نص الإمام أحمد رحمه الله إذا قال : صَفِّ لى هذا الزرع ، على أن لك ثلثه ، أو ربعه : أنه يصح . انتهى .

والوجه الثاني : لا يصح .

قوله ﴿ وَمَنْ تَحجَّرَ مَوَاتاً لم يَمْلِـكْهُ ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . نص عليه .

قال الحارثى : المشهور عن الإمام أحمد رحمه الله : عدم الاستقلال . انتهى . وعليه الأصحاب .

قال الحارثى : وعن الإمام أحمد رحمه الله رواية : أنه ما أفاده الملك . وهو الصحيح . انتهى .

قوله ﴿ وَهُوَ أَحَقُّ بِهِ . وَوَارِثُهُ بَعْدَهُ وَمَنْ يَنقُلُه إِلَيْه ﴾ بلا نزاع .

و قوله ﴿ وَلَيْسَ لَه بَيْعُهُ ﴾ .

هو المذهب . وعليه الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، وابن منجا ، والفروع ، والفائق وغيرهم .

وقيل : يجوز له بيعه . وهو احتمال لأبى الخطاب . وأطلقهما فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

تنبيه : قال الحارثى — عن القول الذى حكاه المصنف — قد يراد به : إفادة التحجر للملك . وقد يراد به : الجواز مع عدم الملك ، وهو ظاهر إيراد الكتاب ، و إيراد أبى الخطاب فى كتابه .

قال : والتجويز مع عدم الملك مشكل جداً . وهو كما قال .

فائدة : تحجر الموات : هو الشروع فى إحيائه ، مثل أن يدير حول الأرض ترابا أو أحجاراً ، أو يحيطها بجدار صغير ، أو يحفر بئراً لم يصل إلى مائها . نقله حرب . وقاله الأصحاب .

أو يسقى شجراً مباحاً ، و يصلحه ولم يركبه . فإن ركبه ملكه ، كما تقدم . وملك حريمه . وكذا لو قطع مواتاً لم يملكه ، على ما يأتى فى كلام المصنف .

قوله ﴿ فإنْ لم يُتِمَّ إِحْيَاءَهُ ﴾ .

يعنى وطالت المدة ، كما صرح به القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف فى المغنى ، وغيرهم . فيقال له : إما أن تحييه أو تتركه . فإن طلب الإمهال : أمهل الشهرين والثلاثة . وهكذا قال فى المستوعب ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والفروع .

وقال فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق : و يمهل شهرين . وقيل : ثلاثة .

وقال فى الهداية ، والمذهب والخلاصة ، والمغنى ، والتلخيص ، وجماعة : أمهل الشهر والشهرين .

قال الحارثى : عليه المعظم .

قال فى الوجيز : و يمهل مدة قريبة بسؤاله . انتهى .

قلت : فلعل ذلك يرجع إلى اجتهاد الحاكم .

ثم وجدت الحارثى قال : وتقدير مدة الإمهال يرجع إلى رأى الإمام ، من الشهر والشهرين والثلاثة ، بحسب الحال .

قال : والثلاثة انفرد بها المصنف هنا . وكأنه ماراجع المستوعب والشرح .

تنبيه : فائدة الإمهال : انقطاع الحق بمضى المدة على الترك .

قال فى المغنى : و إن لم يكن له عذر فى الترك ، قيل له : إما أن تعمر ، و إما أن ترفع يدك . فإن لم يعمرها كان لغيره عمارتها .

قال الحارثى : وهذا يقتضى أن ماتقدم من الإمهال مخصوص بحالة العذر ، أو الاعتذار . أما إن علم انتفاء العذر فلا مهلة .

قال : و ينبغى تقييد الحال بوجود متشوف إلى الإحياء . أما مع عدمه : فلا اعتراض ، سوى ترك لعذر أو لا . انتهى .

قوله ﴿ فإنْ أَحْيَاهُ غيْرُهُ . فَهَلْ يَمْلِكُهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

يعنى لو بادر غيره فى مدة الإمهال ، وأحياه . وأطلقهما فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والمغنى ، والتلخيص ، والمحرر ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والحارثى ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، والقواعد الفقهية .

إحداهما : لايملكه . صححه فى المذهب ، والنظم ، والتصحيح . وجزم به فى الوجيز .

والوجه الثاني: يملكه . اختاره القاضى ، وابن عقيل . قال الناظم : وهو بعيد

فائدتان

الأولى: لو أحياه غيره قبل ضرب مدة المهلة : لم يملكه . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع . وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب . وقيل : يملكه .

قال المصنف ، والشارح : حكم الإحياء قبل ضرب مدة المهلة حكم الإحياء فى مدة المهلة ، على تقدم . ويحتمله كلام المصنف .

وأما إذا أحياه الغير بعد انقضاء المهلة : فإنه يملكه . لا أعلم فيه خلافاً ، وتقدم ذلك .

الثانية: قال فى الفروع ـ بعد أن ذكر الخلاف المتقدم ـ ويتوجه مثله فى نزوله عن وظيفته لزيد . هل يتقرر غيره فيها ؟ .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله ـ فيمن نزل له عن وظيفة الإمامة ـ لايتعين المنزول له . ويولى من إليه الولاية من يستحق التولية شرعاً .

وقال ابن أبى المجد : لايصح تولية غير المنزول له . فإن لم يقرره الحاكم ، وإلا فالوظيفة باقية للنازل . انتهى .

قلت : وقريب منه : ماقاله المصنف ، وتبعه الشارح ، وغيره فيما إذا آثر شخصاً بمكانه ، فليس لأحد أن يسبقه إليه . لأنه قام مقام الجالس فى استحقاق مكانه . أشبه مالو تحجر مواتاً . ثم آثر به غيره .

وقال ابن عقيل : يجوز . لأن القائم أسقط حقه بالقيام . فبقى على الأصل . فكان السابق إليه أحق به ، كمن وسع لرجل فى طريق فمر غيره . والصحيح الأول .

ويفارق التوسعة فى الطريق ، لأنها جعلت للمرور فيها كمن انتقل من مكان فيها لم يبق له حق حتى يؤثر به ، والمسجد جعل للإقامة فيه . ولذلك

لايسقط حق المنتقل منه إذا انتقل لحاجة . وهذا إنما انتقل مؤثراً لغيره . فأشبه النائب الذى بعثه إنسان ليجلس فى موضع يحفظه له . انتهى .

قلت : الذى يتعين ماقاله الشيخ تقى الدين رحمه‌الله إلا إذا كان المنزول له أهلا ، و يوجد غير أهل . فإن المنزول له أحق ، مع أن هذا لايأباه كلام الشيخ تقى الدين .

قوله ﴿ وَلِلإِمَامِ إِقْطَاعُ مَوَاتٍ لِمَنْ يُحْيِيهِ ، وَلَا يَمْلِكُهُ بِالْإِقْطَاعِ ، بَلْ يَكُونُ كَالْمُتَحَجِّرِ الشَّارِعِ فِي الْإِحْيَاءِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

قال الحارثى : وقال مالك رحمه الله : يثبت الملك بنفس الإقطاع . يبيع ، ويهب ، و يتصرف ، و يورث عنه . قال : وهو الصحيح . إعمالا لحقيقة الإقطاع . وهو التمليك .

فائدتان

إحداهما : للإمام إقطاع غير الموات تمليكا وانتفاعاً ، للمصلحة دون غيرها .

الثانية : قسم الأصحاب الإقطاع إلى ثلاثة أقسام : إقطاع تمليك ، و إقطاع استغلال ، و إقطاع إرفاق .

وقسم القاضى إقطاع التمليك : إلى موات ، وعامر ، ومعادن .

وجعل إقطاع الاستغلال على ضربين : عُشْر ، وخراج .

و إقطاع الإرفاق : يأتى فى كلام المصنف .

قوله ﴿ وَلَه إِقْطَاعُ الْجُلُوسِ فِي الطُّرُقِ الوَاسِعَةِ وَرِحَابِ الْمَسْجِدِ ، مَا لَمْ يُضَيِّقْ عَلَى النَّاسِ .فَيَحْرُمُ ، وَلَا تُمْلَكُ بِالإِحْيَاءِ ﴾ بلا نزاع ﴿ وَيَكُونُ الْمُقْطَعُ أَحَقَّ بِالْجُلُوسِ فِيهَا ، مَا لَمْ يَعُدْ فِيهِ الإِمَامُ ﴾ .

تنبيه : تجويز المصنف إقطاع الجلوس برحاب المسجد : اختيار منه لكونها ليست مسجداً ، لامتناع ذلك فى المسجد . واختيار الخرقى ، والمجد . قاله الحارثى .

وتقدم : هل رحبة المسجد من المسجد أو لا ؟ فى باب الاعتكاف .

قوله ﴿ فإن لم يقْطِعْهَا ، فلِمَنْ سَبَقَ إليْهَا الْجُلُوسُ فيهاَ . وَيَكُونَ أَحَقَّ بهاَ ، مَا لم ينقُلْ قِماَشَهُ عَنْهاَ ﴾ هذا المذهب .

أعنى : أنها من المرافق ، وأن له الجلوس فيها ما بقى قماشه .

قال فى الفروع : ومع عدم إقطاع : للسابق الجلوس . على الأصح ، ما بقى قماشه . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والوجيز ، والرعاية ، وغيرهم .

وعنه : ليس له ذلك . وعنه : له ذلك إلى الليل .

قال الحارثى : ونقل القاضى ـ فى الأحكام السلطانية ـ : رواية بالمنع من الجلوس فى الطرق الواسعة . للتعامل فيها ، فلا تكون من المرافق .

قال : والأول أصح .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف : أنه لايفتقر فى الجلوس فى هذه الأمكنة إلى إذن الإمام فى ذلك . وهو صحيح . وهو المذهب . وهو ظاهر كلام أكثر الأصحاب .

قال فى القواعد : هذا قول الأكثر .

قال الحارثى : هذا المذهب .

وقيل : يفتقر إلى إذن . وهو رواية حكاها فى الأحكام السلطانية . ذكره فى القاعدة الثامنة والثمانين . وأطلقهما فى الفروع .

فائدتان

إحداهما : لو أجلس غلامه أو أجنبياً ، ليجلس هو إذا عاد إليه : فهو كما لو ترك المتاع فيه . لاستمرار يده بمن هو فى جهته . ولو آثر به رجلا ، فهل للغير السبق إليه ؟ فيه وجهان .

أحدهما : لا . اختاره المصنف .

والثانى : نعم .

قال الحارثى : وهو أظهر .

قلت : وهوالصواب .

وتشبه هذه المسألة ماذكرنا فى آخر باب الجمعة « لو آثر بمكانه شخصاً فسبقه غيره » على ماتقدم هناك .

الثانية : له أن يظلل على نفسه بما لاضرر فيه ، من بارية وكساء ونحوه . وليس له أن يبنى دكة ولا غيرها .

قوله ﴿ فإن أَطَالَ الجُلُوسَ فِيهَا ، فهَلْ يُزَالُ ؟ على وجهين ﴾ .

وأطلقهما فى المذهب ، والكافى ، والمغنى ، والمحرر ، والشرح ، والفائق ، والفروع .

أحدهما : لايزال . صححه فى التصحيح ، والنظم . وجزم به فى الوجيز . وهو ظاهر ماجزم به فى المنور .

قال الحارثى : وهذا اللائق بأصول الأصحاب . حيث قالوا بالإقطاع .

والوجه الثانى : يزال .

قال الحارثى : هذا أظهرها عندهم .

قال فى الخلاصة ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير : منع فى أصح الوجهين .

قال فى القواعد : وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله ، فى رواية حرب . وقدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والتلخيص ، والرعاية الكبرى ، وشرح ابن رزين

قوله ﴿ فإنْ سَبَقَ اثْنَان : أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا ﴾ .

هذا المذهب بلا ريب . وجزم به فى الخلاصة ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم .

وقدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، وشرح الحارثى ، والقواعد الفقهية ، وتجريد العناية وغيرهم .

قال الحارثى : هذا المذهب .

﴿ وقيل : يُقَدِّمُ الإمامُ مَنْ يَرَى مِنْهمَا ﴾ .

وهو وجه حكاه القاضى فمن بعده . وأطلقهما فى التلخيص ، والمذهب ، والشرح .

وكذا الحكم لو استبقا إلى موضع فى رباط مسبل أو خان ، أو استبق فقيهان إلى مدرسة ، أو صوفيان إلى خانقاه . ذكره الحارثى . وتبعه فى القواعد . وقال : هذا يتوجه على أحد الاحتمالين اللذين ذكرهما فى المدارس والخوانق المختصة بوصف معين . لأنه لايتوقف الاستحقاق فيها على تنزيل ناظر .

فأما على الوجه الآخر ـ وهو توقف الاستحقاق على تنزيله ـ فليس إلا ترجيحه له بنوع من الترجيحات .

وقد يقال : إنه يترجح بالقرعة مع التساوى . انتهى .

قوله ﴿ وَمَنْ سَبَقَ إِلَى مَعْدِنٍ ، فَهُوَ أَحَقُّ بما يَنَالُ مِنْهُ ﴾ .

هذا المذهب . جزم به فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والوجيز . وقدمه فى الرعاية الكبرى .

وقيل : من أخذ من معدن فوق حاجته منع منه . ذكره فى الرعاية الكبرى .

قال فى المغنى ، والشرح : فإن أخذ قدر حاجته ، وأراد الإقامة فيه ، بحيث يمنع غيره : منع من ذلك .

قوله ﴿ وَهَلْ يُمْنَعُ إذَا طَالَ مُقَامُهُ ؟ ﴾ يعنى الآخذ ﴿ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

أطلقهما فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والرعاية الكبرى ، والفروع ، والفائق ،

أحدهما : لا يمنع . وهو الصحيح من المذهب .

قال فى المستوعب ، والتلخيص ، والصحيح : أنه لا يمنع مادام آخذاً .

قال الحارثى : أصحهما لا يمنع . وصححه فى التصحيح . وجزم به فى الوجيز .

والوجه الثانى : يمنع . وقدمه فى الهداية ، والرعاية الصغرى ، والحاوى .

وقيل : يمنع مع ضيق المكان .

قال الحارثى : قطع به ابن عقيل .

فائدة : لو استبق اثنان فأكثر إلى معدن مباح . فضاق المكان عن أخذهم جملة واحدة ، فالصحيح من المذهب : أنه يقرع بينهم .

قال فى الرعاية الصغرى : و إن سبق إليه اثنان معا ، وضاق بهما : اقترعا . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، والفروع ، والقواعد الفقهية .

وقيل : يقدم الإمام من شاء . وهو احتمال فى المغنى ، والشرح .

وقيل : بالقسمة .

قال فى المغنى ، والشرح : وذكر القاضى وجهاً رابعاً . وهو أن الإمام ينصب من يأخذ و يقسم بينهما .

وقال القاضى أيضاً : إن كان أحدهما للتجارة ، هايأها الإمام بينهما باليوم أو الساعة بحسب مايرى . لأنه يطول .

و إن كان للحاجة . فاحتمالات ، أحدها : القرعة . والثانى : ينصب من يأخذ لهما ثم يقسم . والثالث : يقدم من يراه أحوج وأولى .

وقال فى الرعاية الكبرى : وإن سبق أحدهما قدم . فإن أخذ فوق حاجته : منع . وقيل: لا .

وقيل : إن أخذه للتجارة هايأ الإمام بينهما . و إن أخذه لحاجة فأربعة أوجه : المهايأة ، والقرعة ، وتقديم من يرى الإمام وأن ينصب من يأخذه ، و يقسمه بينهما . انتهى .

وذكر فى الفروع الأوجه الأربعة من تتمة قول القاضى .

قوله ﴿ وَمَنْ سَبَقَ إِلَى مُبَاحٍ ـ كَصَيْدٍ ، وَعَنْبَرٍ ، وَسَمَكٍ ، وَلُؤْلُؤٍ ، وَمَرْجَانٍ ، وَحَطَبٍ ، وَثَمَرٍ ، وَمَا يَنْتَبِذُهُ النَّاسُ ﴾ رغبة عنه ﴿ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ﴾ .

وكذا لو سبق إلى ماضاع من الناس مما لا تتبعه الهمة ، وكذا اللقيط ، وما يسقط من الثلج والمنّ ، وسائر المباحات ، فهو أحق به . وهذا بلا نزاع .

قوله ﴿ وَإِن سَبَقَ إِلَيْهِ اثْنَانِ : قُسِمَ بَيْنَهُمَا ﴾ .

هذا المذهب . قال فى الفروع : وهوالأصح . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم .

قال فى القواعد الفقهية : فأما إن وقعت أيديهما على المباح : فهو بينهما بغير خلاف . و إن كان فى كلام بعض الأصحاب مايوهم خلاف ذلك ، فليس بشىء . وقدمه فى الرعاية الكبرى .

وقيل : يقترعان . وقدمه فى الفروع .

وقيل : يقدم الإمام أيهما شاء .

وقال الحارثى : ثم إن أبا الخطاب ـ فى كتابه ـ قيد اقتسامهما بما إذا كان الأخذ للتجارة .

ثم قال : و إن كان للحاجة احتمل ذلك أيضاً . واحتمل أن يقرع بينهما . واحتمل أن يقدم الإمام من يرى منهما .

وتابعه عليه السامرى ، وصاحب التلخيص ، وغيرهما .

وهذا عندى غلط . فإن المباح إذا اتصل به الأخذ : استقر الملك عليه ، ولا بد . لوجود السبب المفيد له ، مع أن القرعة لم ترد فى هذا النوع ، ولا شىء منه .

وكيف يختص به أحدهما مع قيام السبب بكل واحد منهما ؟ .

نعم : قد يجرى ماقال فيما إذا ازدحما عليه ليأخذاه .

ثم قال : والصواب ما اقتصر عليه المصنف ، من الاقتسام مع عدم الفرق بين التجارة ، والحاجة . انتهى .

تنبيه : فعلى المذهب . قال الحارثى : إنما يتأتى هذا فى المنضبط الداخل تحت اليد ، كالصيد ، والسمك ، واللؤلؤ ، والمرجان ، والمنبوذ .

أما مالا ينضبط ــ كالشعرا وثمر الجبل ــ : فالملك فيه مقصور على القدر المأخوذ ، قل أو كثر . انتهى .

فائدة : وكذا الحكم فى السبق إلى الطريق . قاله فى الفروع وغيره .

وقال الأدمى البغدادى : بالقسمة هنا .

فائدتان

إحداهما : لو ترك دابته بفلاة ، أو مهلكة ، ليأسه منها ، أو عجزه عن علفها : مَلَكها آخذها . على الصحيح من المذهب . نص عليه من رواية صالح ، وابن منصور . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به فى المحرر ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وشرح الحارثى ، وغيرهما . وهو من مفردات المذهب .

وقيل : لا يملكها . وهو وجه ، خرجه ابن أبى موسى ، كالرقيق ، وترك المتاع عجزاً ، بلا نزاع فيهما .

ويرجع بالنفقة على الرقيق ، وأجرة حمل المتاع ، على الصحيح من المذهب . نص عليه ، وعليه أكثر الأصحاب .

وقيل : لا يرجع . وهو وجه ذكره القاضى . أخذاً من انتفاء الأخذ فى اللقطة . وهو رواية فى العبد . ذكرها أبو بكر .

الثانية : لو ألقى متاعه فى البحر خوف الغرق . فقال الحارثى : نص الإمام أحمد فى المتاع يقتضى : أن مايلقيه ركاب السفينة مخافة الغرق باق على ملكهم . انتهى . وهو أحد الوجهين .

وقيل : يملكه آخذه . قدمه فى الفائق . وهو احتمال فى المغنى . وصححه فى

النظم . وقدمه فى الرعايتين . وذكره فى آخر اللقطة . وأطلقهما فى الفروع ، والحاوى الصغير .

فعلى الوجه الأول : لآخذه الأجرة ، على الصحيح . وقيل : لا أجرة له .

قوله ﴿ وَإِذَا كَانَ المَاءُ فِى نَهْرٍ غَيْرِ مَمْلُوكٍ ، كَمِيَاهِ الْأَمْطَارِ . فَلِمَنْ فى أَعْلَاهُ أَنْ يَسْقِيَ وَيَحْبِسَ ، حَتَّى يَصِلَ المَاءُ إِلَى كَعْبِهِ ، ثُمَّ يُرْسِلَ إِلَى مَنْ يَلِيهِ ﴾ .

الماء إذا كان جاريا ، وهو غير مملوك . لا يخلو : إما أن يكون نهراً عظيما ـ كالنيل والفرات ، ودجلة ، وما أشبهها ـ أو لا .

فإن كان نهراً عظيما : فهذا لا تزاحم فيه . ولكل واحد أن يسقى منه ماشاء متى شاء ، كيف شاء .

وإن كان نهراً صغيراً ، يزدحم الناس فيه ، ويتشاحون فى مائه ، أو سيلاً يتشاح فيه أهل الأرضين الشاربة منه : فإنه يبدأ بمن فى أول النهر فيسقى . ويحبس الماء حتى يصل إلى كعبه . نص عليه . ثم يرسل إلى من يليه كذلك . وعلى هذا إلى أن تنتهى الأراضى كلها . فإن لم يفضل عن الأول شىء ، أو عن الثانى ، أو من يليهم : فلا شىء للباقين .

فإن كانت أرض صاحب الأعلى مختلفة . منها ماهو مستعل . ومنها ما هو مستفل : سقى كل واحدة منهما على حدتها . قاله فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، وغيرهم . وقطعوا به .

وقال فى الترغيب : إن كانت الأرض العليا مستفلة : سدها إذا سقى ، حتى يصعد إلى الثانى .

فائدتان

إحداهما : لو استوى اثنان فى القرب من أول النهر : اقتسما الماء بينهما ، إن أمكن . وإن لم يمكن : أقرع بينهما . فيقدم من قرع .

فإن كان الماء لا يفضل عن أحدهما : سقى من تقع له القرعة بقدر حقه من الماء ، ثم يتركه للآخر . وليس له أن يسقى بجميع الماء ، لمساواة الآخر له ، وإنما القرعة للتقدم ، بخلاف الأعلى مع الأسفل . فإنه ليس للأسفل حق إلا فى الفاضل عن الأعلى . قاله المصنف ، وغيره . وهو واضح .

وإن كانت أرض أحدهما أكثر من أرض الآخر : قسم الماء بينهما على قدر الأرض .

الثانية : لو احتاج الأعلى إلى الشرب ثانياً ، قبل انتهاء سقى الأراضى : لم يكن له ذلك . قدمه الحارثى ونصره .

وقال القاضى : له ذلك .

قوله ﴿ فَإنْ أَرَادَ إنْسَانٌ إحْيَاءَ أَرْضٍ ، بِسَقْيِهَا مِنْهُ : جَازَ . ما لم يَضُرَّ بأهْلِ الأَرْضِ الشَّارِبَةِ مِنْهُ ﴾ .

إذا كان لجماعة رسم شرب من نهر غير مملوك ، أو سيل . فجاء إنسان ليحيى مواتاً أقرب إلى رأس النهر من أرضهم : لم يكن له أن يسقى قبلهم ، على المذهب .

واختار الحارثى : أن له ذلك . قال : وظاهر الأخبار المتقدمة وعمومها : يدل على اعتبار السبق إلى أعلى النهر مطلقا .

قال : وهو الصحيح .

وهل لهم منعه من إحياء ذلك الموات ؟ على وجهين . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والفائق .

أحدهما : ليس لهم منعه من ذلك .

قال الحارثى : وهو أظهر . وقدمه ابن رزين فى شرحه . وجزم به فى الكافى

والوجه الثانى : لهم منعه .

قال الحارثى : وهو المفهوم من إيراد الكتاب .

فعلى الأول : لو سبق إلى مسيل ماء أو نهر غير مملوك . فأحيى فى أسفله مواتاً ثم أحيى آخر فوقه ، ثم أحيى ثالث فوق الثانى : كان للذى أحيى السقى أولاً . ثم الثانى ، ثم الثالث . فيقدم السبق إلى الإحياء على السبق إلى أول النهر . وعلى ما اختاره الحارثى ينعكس ذلك .

فائدة : لو كان الماء بنهر مملوك ، كمن حفر نهراً صغيراً ساق إليه الماء من نهر كبير . فما حصل فيه ملكه ، على الصحيح من المذهب .

ويجىء على قولنا « إن الماء لا يملك » أن حكم هذا الماء فى هذا النهر : حكمه فى نهر غير مملوك .

قلت : وفيه نظر . لأنه بدخوله فى نهره : كدخوله فى قريته ، وراويته ، ومصنعه .

وعند القاضى ، ومن وافقه : أن الماء باق على الإباحة ، كما قبل الدخول ، إلا أن مالك النهر أحق به .

فعلى المذهب : لو كان لجماعة ، فهو بينهم ، على حسب العمل والنفقة .

فإن كفى جميعهم : فلا كلام . وإن لم يكفهم ، وتراضوا على قسمته بالمهايأة ، أو غيرها : جاز .

فإن تشاحوا فى قسمته : قسمه الحاكم بينهم على قدر أملاكهم .

فيأخذ خشبة صلبة ، أو حجراً مستوى الطرفين والوسط . فيوضع على موضع مستوى من الأرض فى مصدم الماء . فيه حزوز ، أو ثقوب متساوية فى السعة على قدر حقوقهم . يخرج من حز أو ثقب إلى ساقية مفردة لكل واحد منهم . فإذا حصل فى ساقيته : فله أن يسقى به ماشاء من الأرض ، سواء كان لها رسم شرب من هذا النهر أو لم يكن . وله أن يعطيه من يسقى به . هذا الصحيح من المذهب . قدمه فى المغنى ، والشرح ، ونصراه .

وقدمه أيضاً فى المحرر ، والمغنى ، والنظم ، والفروع . وغيرهم فى باب القسمة .

و يأتى بعض ذلك مصرحاً به فى كلام المصنف فى باب القسمة .

وقال القاضى : ليس له سقى أرض لها رسم شرب من هذا الماء . انتهى .

ولكل واحد من الشركاء أن يتصرف فى ساقيته المختصة به بما أحب : من عمل رحىً عليها ، أو دولاب ، أو عبَّارة ـ وهى خشبة تمد على طريق النهر ـ أو قنطرة يعبر الماء فيها ، وغير ذلك من التصرفات .

فأما النهر المشترك : فليس لواحد منهم أن يتصرف فيه بشىء من ذلك .

قاله المصنف ، وابن عقيل ، والقاضي ، والشارح ، وغيرهم .

وقال القاضى ، وابن عقيل : هل له أن ينصب عبارة يجرى الماء فيها من موضع آخر ؟ على روايتين . نص عليهما فيمن أراد أن يجرى ماءه فى أرض غيره ليسقى زرعه ، وكان به حاجة إليه ،هل يجوز ؟ على روايتين .

زاد ابن عقيل : الأصح المنع . وكذا قال المصنف .

قال المصنف ، والشارح . والصحيح : أنه لايجوز هنا . ولا يصح قياس هذاعلى إجراء الماء فى أرض غيره .

قوله ﴿ وَمَا حَمَاهُ النبى صلى الله عليه وسلم : فَلَيْسَ لِأَحَدٍ نَقْضُهُ ﴾ بلا نزاع .

وسواء كان النبى صلى الله عليه وسلم حماه لنفسه أو لغيره . وهذا مع بقاء الحاجة إليه . ومن أحيا منه شيئاً لم يملكه .

لكن لوزالت الحاجة إليه . فَهَل يَجُوزُ نَقْضُهُ ؟ فيه وَجْهَان .

أحدهما : لا يجوز . وهو الصحيح من المذهب . وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب . وجزم به فى الوجيز وغيره . وصححه المصنف ، والشارح ، وصاحب الفائق

وقيل : يجوز نقضه والحالة هذه .

قوله ﴿ وَمَا حَمَاهُ غَيْرُهُ مِنَ الأَئِمَّة ، فَهَلْ يَجُوزُ نَقْضُهُ ؟ على وجهين ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والتلخيص ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

أحدهما : يجوز نقضه . وهو الصحيح من المذهب . صححه فى التصحيح ، والفائق . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى المحرر ، والفروع .

والوجه الثانى : لايجوز نقضه .

فعلى هذا الوجه : يملكه محييه . على الصحيح . صححه فى الفائق . وجزم به فى الكافى .

قال الشارح : وهو أولى .

وقيل : لايملكه . وأطلقهما فى المغنى ، والمحرر ، والفروع ، والرعاية .

قال فى الفروع : ويتوجه فى نقض الإطلاقات الخلاف .

ونقل حرب : القطائع جائز . وأنكر شديداً قول مالك رحمه الله : لا بأس بقطائع الأمراء .

وقال : يزعم أنه لابأس بقطائعهم .

وقال فى رواية يعقوب : قطائع الشام ، والجزيرة ـ من المكروهة ـ كانت لبنى أمية . فأخذها هؤلاء .

ونقل محمد بن داود : ما أدرى ، ماهذه القطائع ؟ يخرجونها ممن شاءوا .

قال أبو بكر : لأنه يملكها من أقطعها . فكيف تخرج منه ؟

باب الجعالة

فائدة قوله ﴿ وَهِيَ أَن يَقُولَ : مَنْ رَدَّ عَبْدِي ، أَوْ لُقطتي ، أَوْ بَنَى لِي هَذَا الْحَائِطَ . فَلَهُ كَذَا ﴾ .

قال في الرعاية : وهي أن يجعل زيد شيئاً معلوماً لمن يعمل له عملا معلوماً ، أو مجهولا مدة مجهولة .

قال الحارثي : وهي في اصطلاح الفقهاء : جعل الشيء من المال لمن يفعل أمر كذا .

قال : وهذا أعم مما قال المصنف . لتناوله الفاعل المبهم والمعين ، وما قال لا يتناول المعين . انتهى .

قلت : لكنه يدخل بطريق أولى .

تنبيه : قوله « من رد عبدي » يقتضي صحة العقد في رد الآبق .

وسيأتي آخر الباب : أن لرد الآبق جعلا مقدراً بالشرع .

فالمستفاد إذن بالعقد : مازاد على المقدر المشروع .

فوجود الجعالة يوجب أكثر الأمرين ـ من المقدر والمشروط ـ قاله الحارثي .

وظاهر كلام الأكثر : أنه لا يستحق إلا ماشرطه له ، وإن كان أقل من دينار . وهو ظاهر ماقدمه في الفروع .

فائدة : الجعالة نوع إجارة لوقوع العوض في مقابلة منفعة ، وإنما تميز بكون الفاعل لا يلتزم الفعل ، وبكون العقد قد يقع مبهما لا مع معين . ويجوز في الجعالة الجمع بين تقدير المدة والعمل ، على الصحيح من المذهب .

وقيل : لا ، كالإجارة .

وتقدم ذلك في الإجارة أيضاً .

قوله ﴿ فَمَنْ فعلَهُ بعْدَ أنْ بلَغهُ الجُعْلُ : اسْتَحَقَّه ﴾ بلا نزاع .

فإن كانوا جماعة فهو بينهم بالسوية .

وإن بلغه فى أثنائه : استحق بالقسط .

فإن تلف الجعل : كان له مثله ، إن كان مثلياً ، وإلا قيمته . على الصحيح من المذهب .

وقال فى التبصرة : إذا عين عوضاً ملكه بفراغ العمل . فلو تلف فله أجرة المثل .

فائدة : لو رده من نصف الطريق المعينة ، أو قال : من ردَّ عبدَىَّ ، فرد أحدهما : فله نصف الجعل . وإن رده من ثلث الطريق : استحق الثلث . ومن ثلثى الطريق : استحق الثلثين .

فيستحق إذا رده من أقرب من الموضع الذى عينه بالقسط .

وإن رده من مسافة أبعد من المعينة . فله المسمى لاغير . ذكره فى التلخيص . وتبعه فى الرعاية وغيره . واقتصر عليه فى الفروع .

قوله ﴿ وَتَصِحُّ عَلَى مُدَّةٍ مَجْهُولَةٍ ، وَعَمَلٍ مَجْهُولٍ . إِذَا كَانَ الْعِوَضُ مَعْلُومًا ﴾ .

يشترط أن يكون العوض معلوماً ، كالأجرة . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وقال المصنف فى المغنى : ويحتمل أن تصح الجعالة مع الجهل بالعوض ، إذا كان الجهل لايمنع التسليم . نحو أن يقول « من رد عبدى الآبق . فله نصفه ، ومن رد ضالتى فله ثلثها » .

قال الإمام أحمد رحمه الله : إذا قال الأمير فى الغزو « من جاء بعشرة رءوس فله رأس » جاز .

وقالوا : إذا جعل جعلا لمن يدله على قلعة أو طريق سهل ، وكان الجعل من مال الكفار ، كجارية بعينها : جاز . فيخرج هنا مثله . انتهى .

وقال الحارثى : يشترط كون الجعل معلوماً .

فإن شرط عوضاً مجهولا فسد العقد .

وإن قال : فلك ثلث الضالة ، أو ربعها : صح ، على مانص عليه فى الثوب ينسج بثلثه ، والزرع يحصد ، والنخل يصرم بسدسه : لا بأس به . وفى الغزو : من جاء بعشرة أرؤس ، فله رأس : جاز .

وعند المصنف : لايصح . وللعامل أجرة المثل . والأول المذهب .

وذكر المصنف فى أصل المسألة وجهاً بجواز الجهالة التى لاتمنع التسليم . ونظَّر بمسألة الثلث . واستشهد بنصه الذى حكيناه فى الغزو ، وبما إذا جعل جعلاً لمن يدله على قلعة ، أو طريق سهل ، وكان الجعل من مال الكفار : جاز أن يكون مجهولا ، كجارية يعينها للعامل . قال : فيخرج هنا مثله . انتهى .

وقد قطع فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، مع اشتراطهم أن يكون الجعل معلوماً . فظاهره : أن جعل جزء مشاع من الضالة : ليس بمجهول .

فائدة : إذا كانت الجهالة تمنع التسليم : لم تصح الجعالة . قولا واحداً . ويستحق أجرة المثل مطلقاً . وكذا إن كانت لاتمنع التسليم على المذهب ، كما تقدم . وله أجرة المثل .

فائدة : لو قال « من داوى لى هذا حتى يبرأ من جرحه أو مرضه أو رمده . فله كذا » لم يصح مطلقاً . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، وغيرهم . واختاره القاضى .

وقيل : تصح جعالة . اختاره ابن أبى موسى ، والمصنف . نقله الزركشى فى الإجارة .

وقيل : تصح إجارة .

قوله ﴿ وَإِنِ اخْتَلَفَا فِي أَصْلِ الْجُعْلِ أَوْ قَدْرِهِ : فَالْقَوْلُ قَوْلُ الجَاعِلِ ﴾ .

هذا المذهب فى قدره . وعليه جمهور الأصحاب .

قال القاضى : هذا قياس المذهب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، والفروع ، وغيرهم .

وقيل : يتحالفان فى قدر الجعل ، قياساً على اختلاف الأجير والمستأجر فى قدر الأجرة . وهذا احتمال للقاضى . وتبعه من بعده على ذلك . وهو تخريج فى الرعاية .

فعليه : يفسخ العقد ، وتجب أجرة المثل .

تنبيه : قال الحارثى ــ فى شرحه ــ فى قول المصنف « فالقول قول الجاعل » تجوز منه . فإنه ليس بجاعل فيما إذا اختلفا فى أصل الجعالة . انتهى .

قلت : إنما حكم بكونه جاعلا فى المسألتين فى الجملة .

أما فى اختلافهم فى قدر الجعل : فهو جاعل بلا ريب .

وأما فى اختلافهم فى أصل الجعل : فليس بجاعل بالنسبة إلى نفسه ، وهو جاعل بالنسبة إلى زعم غريمه .

فعلى الأول : يكون من باب إطلاق اللفظ المتواطىء إذا أريد به بعض محاله . وهو كثير شائع فى كلامهم ، على ماتقدم فى كتاب الطهارة .

فائدة : وكذا الحكم لو اختلفا فى قدر المسافة .

تنبيه : ظاهر قوله ﴿ وَمَنْ عَمِلَ لِغَيْرِهِ عَمَلاً بِغَيْرِ جُعْلٍ : فَلَاشَىْءَ لَهُ ﴾ ولو كان العمل تخليص متاع غيره من فلاة ، ولو كان هلاكه فيه محققاً ، أو قريباً منه ــ كالبحر ، وفم السبع ــ وهو قول القاضى فى المجرد . وله احتمال بذلك فى غير المجرد ، وهو ظاهر كلام جماعة من الأصحاب .

والصحيح من المذهب المنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله : أنه يستحق أجرة مثله فى ذلك . بخلاف اللقطة . وعليه الأصحاب .

وكذلك لو انكسرت السفينة . فخلص قوم الأموال من البحر . فإنه يجب لهم الأجرة على الملاك . ذكره فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن رزين وغيرهم .

وألحق القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف ، وجماعة بذلك : العبد إذا خلصه من فلاة مهلكة . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

ذكره فى باب إحياء الموات .

وتقدمت الإشارة إلى ذلك هناك .

وحكى القاضى احتمالا فى العبد : بعدم الوجوب كاللقطة .

وأورد فى المجرد على نص الإمام أحمد رحمه الله ـ فيمن خلص من فم السبع شاة ، أو خروفاً ، أو غيرهما ـ أنه لمالكه الأول . ولا شىء للمخلص .

وقال المجد فى مسودته : وعندى أن كلام الإمام أحمد رحمه الله على ظاهره فى وجوب الأجرة على تخليص المتاع من المهالك ، دون الآدمى . لأن الآدمى أهل فى الجملة لحفظ نفسه .

قال فى القاعدة الرابعة والثمانين : وفيه نظر . فقد يكون صغيراً أو عاجزاً ، وتخليصه أهم وأولى من المتاع . وليس فى كلام الإمام أحمد تفرقة . انتهى .

فائدتان

إحداهما : لو تلف ماخلصه من هلكة : لم يضمنه منقذه . على الصحيح من المذهب .

وقيل : يضمنه . حكاه فى التلخيص .

قال فى القاعدة الثالثة والأربعين : وفيه بعد .

الثانية : متى كان العمل فى مال الغير إنقاذاً له من التلف المشرف عليه : كان جائزاً . كذبح الحيوان المأكول إذا خيف موته . صرح به فى المغنى ، والشرح ،

وشرح ابن رزين ، وغيرهم . واقتصر عليه فى آخر القاعدة الرابعة والسبعين .
وقال : ويفيد هذا أنه لايضمن مانقص بذبحه .

تنبيه : مراد المصنف وغيره : بقولهم « ومن عمل لغيره عملا بغير جعل فلا شىء له » غير المعد لأخذ الأجرة .

فأما المعد لأخذها : فله الأجرة قطعاً . كالملاح ، والمكارى ، والحجام ، والقصار ، والخياط ، والدلال ، ونحوهم ممن يرصد نفسه للتكسب بالعمل . فإذا عمل : استحق أجرة المثل . نص عليه .

وتقدم بعض ذلك فى باب الإجارة .

قوله ﴿ إلاّ فِى رَدِّ الآبِقِ ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب ، ونص عليه .

وعنه : لا شىء لراده من غير جعالة . اختاره المصنف ، وقال : هو ظاهر كلام الخرقى .

ونازع الزركشى المصنف فى كون هذا رواية عن الإمام أحمد رحمه الله ، أو أنه ظاهر كلام الخرقى .

قوله ﴿ فَإِنَّ لَهُ بِالشَّرْعِ دِينَارًا ، أَوِ اثنَى عَشَرَ دِرْهَماً ﴾ .

هذا المذهب . قال فى الرعاية ، وشرح الحارثى ، وغيرهما : وسواء كان يساويهما أو لا ، وسواء كان زوجاً أو ذا رحم ، فى عيال المالك أو لا . قاله الحارثى . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وعنه : إن رده من خارج المصر : فله أربعون درهما ، قربت المسافة أو بعدت قال المصنف ، وتبعه الشارح ، والفائق : اختاره الخلال .

وعنه : من المصر : عشرة . قال الخلال : استقرت عليه الرواية .

قال القاضى : هذه رواية واحدة . وجزم به ابن البنا فى خصاله ، وصاحب عيون المسائل ، وقال : الرواية الصحيحة من خارج المصر : دينار أو عشرة دراهم .

قال فى الفائق : ولو ردّ الآبق : فله – بغير شرط – عشرة دراهم .

وعنه : اثنى عشر .

وعنه : أربعون درهما من خارج المصر .

قال الزركشى : فى المغنى إذا رده من المصر دينـار ، أو عشرة دراهم . وفى الـكافى دينار ، أو اثنى عشر درهما . وفى رواية أخرى : دينار .

وفى خلافى الشريف ، وأبى الخطاب ، والجامع الصغير : دينار أو اثنى عشر درهماً فى رواية . وفى أخرى : عشرة دراهم . انتهى .

وتقدم كلام القاضى ، وابن البنا ، والحلوانى .

وقال الحـارثى : إذا رده من داخل المصر : فله عشرة دراهم قولا واحداً . نص عليه فى رواية حرب ، وقال : لا أعلم نصاً بخلافه .

وفى كتاب الروايتين للقاضى : لا تختلف الرواية : أنه إذا جاء به من المصر أن له عشرة دراهم .

وقاله ابن أبى موسى فى الإرشاد .

ونقله أبو بكر فى زاد المسافر ، والتنبيه .

وقاله القاضى أيضاً فى المجرد ، وابن عقيل فى الفصول . ولم يوردوا سواه .

قال : فأما فى المقنع ، والهداية ، والمستوعب ، والفروع لأبى الحسـين ، والأعلام لابن بكروس ، والمحرر ، وغيرهم : من التقدير بالدينار أو اثنى عشر . وفى داخل المصر : كما فى خارجه ، فلا يثبت .

وأصل ذلك كله : قول القاضى فى الجـامع الصغير « من ردّ آبقاً : استحق ديناراً ، أو اثنى عشر درهما . سواء جاء به من المصر أو خارج المصر فى إحدى

الروايتين . والأخرى : إن جاء به من المصر : استحق عشرة دراهم . وإن جاء به من خارج المصر : استحق أربعين درهما » .

فنهم : من حكى ذلك كله . ومنهم : من اختص العشرة فى المصر ، بناء على أنها معنى الدينار ، وأن الدينار قد يُقَوَّم بالعشرة والإثنى عشر . فيكون داخلا فى الرواية الأولى .

قال : وهذا الذى قاله القاضى من استحقاق الدينار ، أو الإثنى عشر فى المصر : لا أصل له فى كلام الإمام أحمد رحمه الله ألبتة . ولا دليل عليه . انتهى كلام الحارثى .

قلت : وفيه نظر . لأن ناقل هذه الرواية هو القاضى . وهو الثقة الأمين فى النقل بل هو ناقل غالب روايات المذهب . ولا يلزم من عدم اطلاع الحارثى على هذه الرواية أن لا تكون نقلت عن الإمام أحمد ، خصوصاً وأنه قد تابعه هؤلاء الأعلام المحققون .

تنبيه : دخل فى عموم كلام المصنف : لو رده الإمام . وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب . وهو ظاهر ماقدمه فى الفروع .

ونقل حرب : إن رده الإمام ، فلا شىء له . وجزم به ابن رجب فى قواعده وقال : وذلك لانتصابه للمصالح . وله حق فى بيت المال على ذلك .

وكذا قال الحارثى . وقطع به . وتقدم نظيرها فى عامل الزكاة .

قوله ﴿ وَيَأْخُذُ مِنْهُ مَا أَنْفَقَ عَلَيْهِ فِى قُوتِهِ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه ، وسواء قلنا : باستحقاق الجعل أم لا . جزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى الفروع وغيره .

وقال ابن رجب فى قواعده : وجزم به الأكثرون من غير خلاف .

قال الزركشى : هذا المشهور .

وخرج المصنف قولا : بأنه لا يرجع .

وقيل : لا يرجع إلا إذا أنفق بنية الرجوع . واختاره فى الرعاية .

واشترط أبو الخطاب ، والمجد فى المحرر : العجز عن استئذان المالك . وضعفه المصنف رحمه الله .

ولا يتوقف الرجوع على تسليمه ، بل لو أبق قبل ذلك : فله الرجوع بما أنفق عليه . نص عليه فى رواية عبد الله . وصرح به الأصحاب .

فوائد

إحداها : علف الدابة كالنفقة .

الثانية : لو أراد استخدامه بدل النفقة ، ففى جوازه روايتان . حكاهما أبو الفتح الحلوانى فى الكفاية ، كالعبد المرهون . وذكرهما فى الموجز ، والتبصرة .

والصحيح من المذهب : أنه لا يجوز ذلك فى العبد المرهون . فكذا هنا بطريق أولى . والله أعلم .

تنبيه : أفادنا المصنف جواز أخذ الآبق لمن وجده . وهو صحيح . لأنه لا يؤمن عليه أن يلحق بدار الحرب ويرتد ، أو يشتغل بالفساد فى البلاد . بخلاف الضوال التى تحفظ نفسها .

إذا علم ذلك ، فهو أمانة فى يده إذا أخذه . إن تلف بغير تفريط فلا ضمان عليه . وإن وجد صاحبه دفعه إليه ، إذا اعترف العبد أنه سيده ، أو أقام به بينة .

فإن لم يجد سيده دفعه إلى الإمام أو نائبه . فيحفظه لصاحبه ، أو يبيعه إن رأى المصلحة فيه .

وليس لواجده بيعه ، ولا تملكه بعد تعريفه . لأنه يتحفظ بنفسه . فهو كضوال الإبل . ذكره المصنف ، والشارح .

وقولهما « يتحفظ بنفسه » دليل على أنهما أرادا الكبير . لأن الصغير لا يتحفظ بنفسه .

ويأتى فى باب اللقطة .

فإن باعه الإمام أو نائبه لمصلحة رآها ، فجاء سيده ، فاعترف أنه كان أعتقه : قبل قوله . على الصحيح من المذهب . قدمه فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن رزين .

وقيل : لا يقبل . وهو احتمال فى المغنى ، والشرح .

وأطلقهما فى الفروع ، والحارثى . ذكره فى اللقطة .

الثالثة : العبد وغيره أمانة فى يده . لاضمان عليه إلا أن يتعدى . نص عليه . على ماتقدم .

الرابعة : أم الولد والمدبر كالقن فيما تقدم . إذا جاء بهما إلى السيد . فإن مات قبل وصولهما إليه : فلا جعل . لأنهما يعتقان بالموت . فالعمل لم يتم ، بخلاف النفقة . فإنه يرجع بما أنفق حال الحياة . والله أعلم بالصواب .

وتقدم أن المنصوص : أنه يستحق الأجرة بتخليص متاع غيره من مهلكة .

باب اللقطة

فائدة : قوله ﴿ وَهِيَ المَالُ الضَّائِعُ مِنْ رَبِّهِ ﴾ .

هو تعريف لمعناها الشرعى . وكذا قال غيره .

قال الحارثى : وعلى هذا سؤالان .

أحدهما : قد يكون الملتقَط غير ضائع . كالمتروك قصداً لأمر يقتضيه . ومنه المال المدفون ، والشىء الذى يترك ثقة به ، كأحجار الطحن ، والخشب الكبار .

والثانى : أنهم اختلفوا فى التقاط الكلب المعلم .

فعلى القول بالتقاطه : يكون خارجا عما ذكر .

ومن قال من الأصحاب لايلتقط : إنما قال لأجل كونه ممتنعاً بنابه . لا لأنه غير مال .

قال الحارثى : ويعصم من السؤال : أن يضاف إلى الحد « ما جرى مجرى المال » .

قوله ﴿ وَتَنْقَسِمُ ثَلاَثَةَ أَقْسَامٍ . أَحَدُهَا : مَالاَ تَتْبَعُهُ الهِمَّةُ ﴾ .

يعنى : همة أوساط الناس ، ولو كثر . وهذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

ومثله المصنف (بالسوط والشِّسْع والرَّغِيف) .

ومَثَّله فى الإرشاد ، وتذكرة ابن عقيل ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب . وجماعة : بالتمرة والكسرة ، وشسع النعل . وما أشبهه .

ومثله فى المغنى « بالعصا والحبل » وما قيمته كقيمة ذلك .

قال الحارثى « مالا تتبعه الهمة » نص الإمام أحمد رحمه الله فى رواية عبد الله ، وحنبل : أنه ما كان مثل التمرة ، والكسرة ، والخرقة ، ومالا خطر له . فلا بأس .

وقال فى رواية ابن منصور : الذى يُعَرَّف من اللقطة : كل شىء ، إلا مالاقيمة له

وسئل الإمام أحمد رحمه الله فى رواية حرب : الرجل يصيب الشسع فى الطريق : أيأخذه ؟ قال : إذا كان جيداً مما لا يطرح مثله . فلا يعجبنى أن يأخذه . وإن كان رديئاً قد طرحه صاحبه : فلا بأس .

قال الحارثى : فكلام الإمام أحمد رحمه الله : لا يوافق ماقال فى المغنى . ولا شك أن الحبل ، والسوط ، والرغيف : يزيد على التمرة ، والكسرة .

قال : وسائر الأصحاب ، على ماقال الإمام أحمد رحمه الله فى ذلك كله . ولا أعلم أحداً وافق المصنف ، إلا أبا الخطاب فى الشسع فقط . انتهى .

قال فى الرعاية : وما قل ، كتمرة ، وخرقة ، وشسع نعل ، وكسرة . وقيل : ورغيف . انتهى .

فحكى فى الرغيف : الخلاف .

وقيل : هو مادون نصاب السرقة .

قال فى الكافى : ويحتمل أن لا يجب تعريف مالا يقطع فيه السارق .

وقيل : هو مادون قيراط ، من عين أو وَرِق . اختاره أبو الفرج فى المبهج والإيضاح . ورده المصنف .

وذكر القاضى ، وابن عقيل : لا يجب تعريف الدانق .

قال الحارثى : والظاهر أنه عنى دانقاً من ذهب .

وكذا قال صاحب التلخيص .

قال فى الرعاية : وقيل : بل مافوق دانق ذهب .

وقال أيضاً : وعنه يعرف الدرهم فأكثر .

فائدة : لو وَجَدَ كناسٌ ـ أو نخال ، أو مقلش ـ قطعاً صغاراً متفرقة : ملكها بلا تعريف ، وإن كثرت .

قوله ﴿ فَيَمْلَكُ بِأَخْذِهِ بِلاَ تَعْرِيفٍ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . ونص عليه الإمام أحمد رحمه الله .

وعنه : يلزمه تعريفه . ذكرها أبو الحسين .

وقيل : يلزمه تعريفه مدة يظن طلب ربه له . اختاره فى الرعاية .

فوائد

منها : ماقاله فى التبصرة : إن الصدقة بذلك أولى .

ومنها : أنه لايلزمه دفع بدله إذا وجد ربه . على الصحيح من المذهب .

وقوة كلام المصنف هنا : تقتضيه لقوله « فيملك بأخذه بلاتعريف » وقدمه فى الفروع .

وقال فى التبصرة : يلزمه .

قال فى الفروع : وكلامهم فيه يحتمل وجهين .

وقيل : للإمام أحمد رحمه الله ، فى التمرة يجدها ، أو يلقيها عصفور ، أيأكلها ؟ قال : لا . قال : أيطعمها صبياً ، أو يتصدق بها ؟ قال : لايعرض لها .

نقلها أبو طالب ، وغيره . واختاره عبد الوهاب الوراق .

ومنها : لايعرف الكلب إذا وجده ، بل ينتفع به إذا كان مباحاً . على الصحيح من المذهب .

وقيل : يعرف سنة . ويأتى قريبا .

قوله ﴿ الثَّانِي : الضَّوَالُّ التى تَمْتَنِعُ مِنْ صِغَارِ السِّبَاعِ ـ كَالإِبِلِ وَالْبَقَرِ ، وَالخَيْلِ ، وَالبِغَالِ ، وَالظِّبَاءِ ، وَالطَّيْرِ ، وَالفُهُودِ وَنَحْوِهَا ـ فَلاَ يَجُوزُ التِقَاطُهَا ﴾ بلا نزاع .

فوائد

منها : الصحيح من المذهب : أن الحمر مما يمتنع من صغار السباع . وعليه جماهير الأصحاب .

قال المصنف ، والشارح ، وغيرهما : قاله الأصحاب .

قال الحارثي : هو قول القاضي في آخرين . وجزم به في الرعايتين ، وغيرهما . وقدمه في الفروع ، والفائق ، وغيرهما .

وألحق المصنف الحمر بالشاة ونحوها .

قال الحارثي : وهو أولى .

ومنها : قال الحارثي : اختلف الأصحاب في الكلب المعلم . فأدخله المصنف فيما يمتنع التقاطه ، كما اقتضاه ظاهر لفظه هنا . وصريح لفظه في المغني . اعتباراً بمنعته بنابه .

وجوز التقاطه القاضي ، وغيره . وهو أصح . لأنه لا نص في المنع . وليس في معنى الممنوع . وفي أخذه حفظه على مستحقه . أشبه الأثمان وأولى ، من جهة أنه ليس مالا . فيكون أخف .

وعلى هذا : هل ينتفع به بعد حول التعريف ؟ فيه وجهان . وفيهما طريقان .

إحداهما : بناء الخلاف على الخلاف في تملك الشاة بعد الحول . وهي طريقة القاضي .

والأخرى : بناء الانتفاع على التملك لما يتملك بعد الحول . وبناء منع الانتفاع : أنه لا يضمن لما ضاع منه بالقيمة لو تلف . لانتفاء كونه مالاً ، فيؤدي إلى الانتفاع مجانا ، وهو خلاف الأصل . انتهى كلام الحارثي .

ومنها : يجوز للامام ونائبه : أخذ مايمتنع من صغار السباع وحفظه لربه . ولا يلزمه تعريفه . قاله الأصحاب .

ولا يكتفى فيها بالصفة . قاله المصنف ، وغيره . واقتصر عليه في الفروع .

ولا يجوز لغيرهما أخذ شيء من ذلك لحفظه لربه . على الصحيح من المذهب وقال المصنف ، ومن تبعه : يجوز أخذها إذا خيف عليها ، كما لو كانت في

أرض مَسْبَعَة ، أو قريباً من دار الحرب ، أو بموضع يستحل أهله أموال المسلمين ، أو فى برية لا ماء فيها ولا مرعى . ولا ضمان على آخذها ، لأنه إنقاذ من الهلاك .

قال الحارثى : وهو كما قال . وجزم به فى تجريد العناية .

قلت : لو قيل بوجوب أخذها ، والحالة هذه : لـكان له وجه .

ومنها : قطع المصنف ، والشارح : بجواز التقاط الصيود المتوحشة ، التى إذا تركت : رجعت إلى الصحراء . بشرط أن يعجز عنها صاحبها . واقتصر عليه الحارثى

قلت : فيعايى بها .

وظاهر ماقدمه فى الفروع : عدم الجواز .

قلت : وهو ضعيف . لـكنه إنما حكى ذلك عنه : فى طير متوحشة .

وكلام المصنف أعم من ذلك .

ومنها : قال ابن عقيل فى الفصول ، والمصنف ، والشارح ، والزركشى ، وجماعة : أحجار الطواحين ، والقدور الضخمة ، والأخشاب الـكبيرة ، ونحوها : ملحقة بالإبل فى منع الالتقاط .

قال المصنف ، والشارح : بل أولى .

قال الحارثى : فظاهر كلام غير واحد من الأصحاب : جواز الالتقاط . وكذا نصه فى رواية حنبل .

وهو ظاهر ماجزم به فى الفروع فى الخشبة الـكبيرة .

قوله ﴿ وَمَنْ أَخَذَهَا ضَمِنَهَا ﴾ .

يعنى : إذا تلفت . ويضمن نقصها إذا تعيبت .

لـكن إتلافها ، لايخلو : إما أن يكون قد كتمها ، أو لا .

فإن كان ما كتمها وتلفت : ضمنها كغاصب .

وإن كان كتمها حتى تلفت : ضمنها بقيمتها مرتين . على المذهب . نص عليه فى رواية ابن منصور ، إماماً كان أو غيره .

واختاره أبو بكر ، وغيره . وجزم به فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والوجيز ، والفائق ، وغيرهم .

قال الحارثى : وقال به غير واحد .

قال فى الفروع : ويضمنه كغاصب ، ونصه — وقاله أبو بكر — يضمن ضالة مكتومة بالقيمة مرتين ، للخبر .

فائدتان

إحداهما : قوله ﴿ فَإِنْ دَفَعَهَا إِلَى نَائِبِ الإِمَامِ زَالَ عَنْهُ الضَّمَانُ ﴾ بلا نزاع .

قال الحارثى : هـذا ينبنى على أن لنائب الإمام أخذها ابتداء للحفظ . وهو شىء قاله متأخرو أهل المذهب : القاضى ، وابن عقيل ، والسامرى ، والمصنف ، وغيرهم .

وكذا لو أمره بردها إلى موضعها ، وردها : برئ . قاله فى الفروع وغيره .

الثانية : إذا أخذها الإمام ، أو نائبه منه : لم يلزمه تعريفها . قاله الأصحاب .

قوله ﴿ الثَّالِثُ : سَائِرُ الأَمْوَالِ ، كَالأَثْمَانِ ، وَالْمَتَاعِ ، وَالْغَنَمِ وَالْفُصْلاَنِ وَالْعَجَاجِيلِ ، وَالأَفْلاَءِ ﴾ .

يعنى : يجوز التقاطها . وهذا المذهب . وعليه الأصحاب .

قال فى الفائق : قلت : وكذا مريض لا ينبعث ، ولو كان كبيراً .

وعنه — فى شاة ، وفصيل ، وعجل ، وفَلْو — لايجوز التقاطه . ذكرها المصنف ، وغيره .

قال الزركشى : وعنه لا يلتقط الشاة ونحوها إلا الإمام . وأطلقهما فى الهداية والمذهب ، والمستوعب .

وذكر أبو الفرج فى العرض رواية لا يلتقطه .

تنبيه : شمل كلام المصنف : العبد الصغير ، والجارية . وهو صحيح .

قال فى الرعاية : والعبد الصغير كالشاة . وكذا كل جارية تحرم على الملتقط . وجزم به فى الوجيز .

قال الحارثى : وصغار الرقيق مطلقاً يجوز التقاطه . ذكره القاضى ، وابن عقيل واقتصر على ذلك .

وقيل : لا يملك بالتعريف .

قال القاضى : هذا قياس المذهب .

قال المصنف فى المغنى : وهذه المسألة فيها نظر . فإن اللقيط محكوم بحريته . فإن كان ممن لا يعبر عن نفسه فأقر بأنه مملوك : لم يقبل إقراره . لأن الطفل لا قول له . ولو اعتبر قوله فى ذلك لاعتبر فى تعريفه سيده . انتهى .

وتقدم كلام المصنف فى آخر الباب الذى قبله . وفيه إشارة إلى أن الصغير يملك بالتعريف .

قوله ﴿ وَمَنْ أَمِنَ نَفْسَهُ عَلَيْهَا ، وَقَوِيَ عَلَى تَعْرِيفِهَا . فَلَهُ أَخْذُهَا . وَالأَفْضَلُ : تَرْكُهَا ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره . وهو من المفردات .

وعند أبى الخطاب : إِنْ وَجَدَهَا بِمَضْيَعَةٍ . فَالْأَفْضَلُ أَخْذُهَا .

قال الحارثى : وهذا أظهر الأقوال .

قلت : وهو الصواب .

وخرج بعض الأصحاب من هذا القول : وجوب أخذها . وهو قوى فى النظر

تنبيه : ظاهر قوله « وقوى على تعريفها » أن العاجز عن التعريف لَيْسَ لَهُ أَخْذُهَا .

وهو صحيح . وكذا الحكم إن لم يأمن نفسه عليها .

ولا يملكها بالتعريف . على الصحيح من المذهب . وفيه وجه يملكها . ذكره فى المغنى ، وغيره .

فائدة : لو أخذها بنية الأمانة ، ثم طرأ قصد الخيانة . قال فى التلخيص : يحتمل وجهين .

أحدهما : لا يضمن ، كما لا يضمن لو كان أودعه .

قال الحارثى : وهذا اختيار المصنف . وهو الصحيح . انتهى .

والثانى : يضمن .

قال فى التلخيص : وهو الأشبه بقول أصحابنا فى التضمين بمجرد اعتقاد الكتمان . ويخالف المودع . فإنه مسلط من جهة المالك . انتهى .

وتقدم نظير ذلك فى الوديعة قبل قوله « وإن أودعه صبي وديعة »

وأطلقهما فى الفروع حكاية عن صاحب الترغيب .

قوله ﴿ وَمَتَى أَخَذَهَا ثُمَّ رَدَّهَا إِلَى مَوْضِعِهَا ، أَوْ فَرَّطَ فِيهَا : ضَمِنَهَا ﴾

اعلم أنه إذا التقطها ، ثم ردها إلى موضعها ، فلا يخلو : إما أن تكون مما يجوز التقاطه أو لا .

فإن كانت مما يجوز التقاطه : ضمنها ، إلا أن يأمره الحاكم أو نائبه بذلك . فإنه لا يضمن بلا نزاع . كما تقدم .

وإن كانت مما لا يجوز التقاطه إذا رده ، فلا يخلو : إما أن يكون بإذن الإمام ، أو نائبه ، أو لا .

فإن كان بإذن أحدهما : لم يضمن .

وإن كان بغير إذن : فالصحيح من المذهب : أنه يضمن . وقدمه فى الفروع

وقيل : لا يضمن . وهما احتمالان مطلقان فى المغنى ، والشرح .

فعلى المذهب : يزول عنه الضمان لو أخذها ودفعها إلى الإمام أو نائبه .

فائدة : لو أخذ من نائم شيئاً : لم يبرأ منه إلا بتسليمه له بعد انتباهه . وكذلك الساهي .

قوله ﴿ وَهِيَ عَلَى ثَلاثَةِ أَضْرُبٍ . أَحَدُهَا : حَيَوَانٌ . فَيُخَيَّرُ بَيْنَ أَكْلِهِ وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ وَبَيْنَ بَيْعِهِ وَحِفْظِ ثَمَنِهِ . وَبَيْنَ حِفْظِهِ وَالإِنْفَاقِ عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ ﴾ .

قال المصنف ، وتبعه الشارح : لم يذكر أصحابنا له تعريفاً ، ومراده : إذا استوت الثلاثة عنده .

أما إذا كان أحدهما أحظ : فإنه يلزمه فعله .

قال فى الفروع : ويفعل الأحظ لمالكه .

قال الحارثى : وفى المجرد ، والفصول ، فى باب الوديعة : أن كل موضع وجب عليه نفقة الحيوان ، فحكمه حكم الحاكم . إن رأى من المصلحة بيعها وحفظ ثمنها ، أو بيع البعض فى مؤنة ما بقى ، أو أن يستقرض على المالك ، أو يؤجر فى المؤنة : فعل . انتهى .

وقال فى الترغيب : لا يبيع بعض الحيوان .

وأفتى أبو الخطاب ، وابن الزاغونى بأكله بمضيعة ، بشرط ضمانه ، وإلا لم يجز تعجيل ذبحه . لأنه يُطلب .

وقال أبو الحسين ، وابن عقيل فى الفصول ، وابن بكروس : لا يتصرف قبل الحول فى شاة ونحوها بأكل ولا غيره . رواية واحدة ، ونحوه قول أبى بكر .

قال فى زاد المسافر : وضالة الغنم إذا أخذها يعرفها سنة . وهو الواجب . فإذا مضت السنة ، ولم يعرف صاحبها : كانت له مثل ما التقط من غيرها .

قال الحارثى : وقد قال الشريفان ــ أبو جعفر، والزيدى ــ لاتملك الشاة قبل الحول . رواية واحدة .

وكذا حكى السامرى ، قال : إن كانت اللقطة حيواناً يجوز أخذه كالغنم . وما حكمه حكمها : لم يملكها قبل الحول .

قال الزركشى : وظاهر كلام الخرقى : أن الحيوان يعرَّف كغيره . وهو مقتضى كلام صاحب التلخيص ، وأبى البركات وغيرهما

قال الحارثى : وهذا ينفى اختيار الأكل . لأنه تملك عاجل . وهذا ــ أعنى الحفظ من غير تخيير ــ هو الصحيح . فكان قبل ذلك أولى الأمور : الحفظ مع الإنفاق . ثم البيع وحفظ ثمنه . ثم الأكل وغرم القيمة . انتهى .

وقال ناظم المفردات :

والشاة فى الحال ولو فى المصر تملك بالضمان إن لم يُبْرِى

قوله ﴿ وَهَلْ يَرْجِعُ بِذَلِكَ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وهما روايتان فى المجرد ، والفصول ، والمغنى ، والشرح ، والمستوعب . وغيرهم وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والمستوعب ، والزركشى .

أحدهما : يرجع إذا نوى الرجوع . وهو المذهب . نص عليه . وصححه فى التصحيح .

قال الحارثى : والأصح الرجوع . والرجوع هو المنصوص فى الآبق . والآبق من نحو الضالة . وجزم به فى الوجيز والإرشاد .

قال أبو بكر : يرجع مع ترك التعدى . فإن تعدى لم يحسب له .

والوجه الثانى : لا يرجع .

قال فى القاعدة الخامسة والسبعين : إن كانت النفقة بإذن حاكم رجع ، وإن لم تكن بإذنه ففيه الروايتان .

يعنى : اللتين فيمن أدى حقاً واجباً عن غيره بغير إذنه ، ونوى الرجوع .

والصحيح من المذهب : الرجوع على ماتقدم فى باب الضمان . فكذا هنا .

قال ابن رجب : ومنهم من رجح هنا عدم الرجوع . لأن حفظها لم يكن متعيناً ، بل كان مخيراً بينه و بين بيعها وحفظ ثمنها .

وذكر ابن أبى موسى : أن الملتقط إذا أنفق غير متطوع بالنفقة ، فله الرجوع بها . و إن كان محتسباً ، ففى الرجوع روايتان .

قال فى المستوعب : إن كان بإذن حاكم ، فله الرجوع . و إن أنفق بغير إذنه ، ولم يُشهد بالرجوع : فهو متطوع . و إن أنفق محتسباً بها ، وأشهد على ذلك . فهل يملك الرجوع ؟ على روايتين .

قوله ﴿ الثَّانِى : مَا يُخْشَى فَسَادُهُ ، فَيُخَيَّرُ بَيْنَ بَيْعِهِ وَأَكْلِهِ ﴾ .

يعنى : إذا استويا . و إلا فعل الأحظ . كما تقدم .

قال فى الفروع : وله أكل الحيوان وما يخشى فساده بقيمته . قاله أصحابنا .

وقال فى المغنى : يقتضى قول أصحابنا « إن العروض لاتملك » أنه لايأكل ، ولكن يخير بين الصدقة و بين بيعه . وذكر نصاً يدل على ذلك . انتهى .

قال الحارثى : مالا يبقى .

قال المصنف فيه ، والقاضى ، وابن عقيل : يتخير بين بيعه وأكله . كذا أوردوا مطلقاً .

وقيد أبو الخطاب بما بعد التعريف . فإنه قال : عرفه بقدر ما يخاف فساده ، ثم هو بالخيار .

قال : وقوله « بقدر ما يخاف فساده » وهم . و إنما هو بقدر مالا يخاف .

قلت : وتابع أبا الخطاب على هذه العبارة فى المذهب ، والمستوعب ، والتلخيص ، وجماعة .

ومشى على الصواب فى الخلاصة . فقال : عرفه مالم يخش فساده .

قال الحارثى : والمذهب الإبقاء ، مالم يفسد من غير تخيير ، على مامر نصه فى الشاة . وهو الصحيح . فإذا دنا الفساد فروايتان .

إحداهما : التصدق بعينه مضموناً عليه .

والثانية : البيع وحفظ الثمن .

قلت : وهو الصواب . وأطلقهما الحارثى .

وقال ابن أبى موسى : يتصدق بالثمن . انتهى .

ومع تعذر البيع أو الصدقة يجوز له أكله . وعليه القيمة .

تنبيه : حيث قلنا : يباع . فإن البائع الملتقط . على الصحيح من المذهب ، سواء كان يسيراً أو كثيراً ، تعذر الحاكم أو لا .

وعنه : يبيع اليسير ، ويرفع الكثير إلى الحاكم .

وعنه : يبيعه كله إن فقد الحاكم ، وإلا رفعه إليه .

فائدة : لو تركه حتى تلف ضمنه .

قوله ﴿ إلاَّ أَنْ يُمكِنَ تَجْفِيفُهُ ـ كَالعِنَبِ ـ فَيَفْعَلُ مَايَرَى فيهِ الحَظَّ لِمَالِكِهِ ﴾ .

أى من التجفيف والبيع والأكل . وصرح به المصنف فى المغنى ، والكافى ولم يجعل له القاضى ، وأبو الخطاب ، وابن عقيل ، والسامرى : الأكل . لأنه يملك قبل انقضاء التعريف فيما يبقى . وهو خلاف الأصل . واقتصروا على الأحظ من التجفيف والبيع .

قال الحارثى : وهو الأقوى .

وقال : وظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله ـ من رواية مهنا ، وإسحاق ـ التسوية بين هذا النوع والذى قبله .

وكذا كلام ابن أبى موسى . قال : فيجرى فيه مامر من الخلاف . انتهى.

قوله ﴿ وَيُعَرِّفُ الْجَمِيعَ ﴾ يعني : وجوباً ﴿ بِالنِّدَاءِ عَلَيْهِ فِي مَجَامِعِ النَّاسِ ـ كَالأَسْوَاقِ ، وَأَبْوَابِ المسَاجِدِ فِي أَوْقَاتِ الصَّلَوَاتِ ـ حَوْلاً كَامِلاً : مَنْ ضَاعَ مِنْهُ شَيْءٌ أَوْ نَفَقَةٌ ﴾ .

وهذا بلا نزاع في الجملة .

ووقت التعريف : النهار . ويكون في الأسبوع الأول : في كل يوم .

قال في الترغيب ، والتلخيص ، والرعاية ، وغيرهم : ثم مرة في كل أسبوع من شهر . ثم مرة في كل شهر .

وقيل : على العادة بالنداء . وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب .

قلت : وهو الصواب . ويكون ذلك على الفور .

وقيل : يعرفها بقرب الصحراء إذا وجدها فيها .

قال في الرعاية الكبرى : قلت في أقرب البلدان منه .

تنبيه : شمل قوله « ويعرف الجميع » الحيوان وغيره . وهو أحد القولين .

وتقدم : أن أبا بكر ، وأبا الحسين ، وابن عقيل ، وابن بكروس ، والشريفين ، وغيرهم . قالوا : لايتصرف في شاة ولا في غيرها قبل الحول ، رواية واحدة .

ونقل أبو طالب : تعرف الشاة . وذكره أبو بكر وغيره .

وقال في الفروع : أكثر الأصحاب لم يذكروا للحيوان تعريفاً .

وتقدم أيضاً : أن ما يخشى فساده يعرف بمقدار مالا يخاف فساده عند أبي الخطاب ، وابن الجوزي ، والسامري ، وصاحب التلخيص ، والخلاصة ، وغيرهم

قال الحارثي : والأصح أنها تعرف حولاً .

تنبيه : ظاهر قوله « وأبواب المساجد » أنه لا يعرفها في نفس المساجد . وهو صحيح . بل يكره . على الصحيح من المذهب . قدمه في الفروع .

وقال في عيون المسائل : يحرم . وقاله ابن بطة في إنشادها .

فائدة : لو أخر التعريف عن الحول الأول ، مع إمكانه : أثم . وسقط التعريف . على الصحيح من المذهب . نص عليه . وعليه الأصحاب .

وخرج عدم السقوط من نصه على تعريف مايوجد من دِفْن المسلمين . وهو وجه ذكره فى المغنى .

قال الحارثى : وهو الصحيح .

فيأتى به فى الحول الثانى ، أو يكمله إن أخل ببعض الأول .

وعلى كلا القولين : لا يملكها بالتعريف فيما عدا الحول الأول . وكذا لو ترك التعريف فى بعض الحول الأول لا يملكها بالتعريف بعده .

وفى الصدقة به الروايتان اللتان فى العروض .

أما إن ترك التعريف فى الحول الأول لعجزه عنه ـ كالمريض والمحبوس ، أو لنسيان ونحوه ، أو ضاعت ـ فعرفها الثانى فى الحول الثانى . فقيل : يسقط التعريف ، ولايملكها . قدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، وشرح ابن رزين .

وقيل : يملكها ، ولايسقط التعريف . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، والفروع ، والفائق .

قوله ﴿ وَأُجْرَةُ المنَادِى عَلَيْهِ ﴾ .

يعنى على الملتقط . وهذا المذهب . نص عليه . وعليه جمهور الأصحاب .

قال الحارثى : هذا المذهب مطلقاً . وجزم به فى المنتخب ، وغيره . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، والفائق ، والفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

قوله ﴿ وَقَالَ أَبُو الْخَطابِ : مَالاَ يُمْلَكُ بِالتَّعْرِيفِ ، وَمَايُقْصَدُ حِفْظُهُ لِمَالِكِهِ : يَرْجِعُ بِالأُجْرَةِ عَلَيْهِ ﴾ .

قلت : وهو الصواب .

وقال ابن عقيل « ما لا يملك بالتعريف » يرجع عليه بالأجرة .

وذكر فى الفنون : أنه ظاهر كلام أصحابنا .

وقيل : على ربها مطلقاً .

وعند الحلوانى ، وابنه : الأجرة من نفس اللقطة . كما لو جفف العنب ونحوه .

وقيل : من بيت المال . فإن تعذر أخذها الحاكم من ربها .

قوله ﴿ فَإِنْ لَمْ تُعَرَّفْ دَخَلَتْ فِي مِلْكِهِ بَعْدَ الْحَوْلِ حُكْمًا كَالْمِيرَاثِ ﴾ .

هذا المذهب بلا ريب . وعليه جماهير الأصحاب . ونص عليه .

قال فى عيون المسائل : هذا الصحيح من المذهب . وهو ظاهر كلام الخرقى وصححه فى النظم وغيره .

قال الزركشى : نص عليه فى رواية الجماعة . واختاره الجمهور .

قال الحارثى : المذهب أن الملك قهرى . يثبت عند انقضاء الحول ، كالإرث .

وقدمه فى الكافى ، وشرح ابن رزين ، والشرح ، والتلخيص ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم . وجزم به فى العمدة ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم .

وعند أبى الخطاب : لا يملكه حتى يختار . وهو رواية ذكرها فى الواضح ، فيتوقف على الرضى ، كالشراء . وأطلقهما فى المحرر .

تنبيه : قدم المصنف أن لقطة الحرم كغيرها . وهو الصحيح من المذهب .

قال الحارثى : عدم الفرق هو المشهور فى المذهب ، واختيار أكثر الأصحاب . ونص عليه .

قال الزركشى : هو اختيار الجمهور . وقدمه فى المحرر ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم . واختاره ابن أبى موسى ، والمصنف ، والشارح ، وصاحب النهاية وغيرهم وهو ظاهر كلام الخرقى .

وعنه لا تملك لقطة الحرم بحال . اختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله . وغيره من المتأخرين .

قال في الفائق أيضاً : وهو المختار .

قال الحارثي : وهو الصحيح . وأطلقهما في المحرر .

قال في الانتصار : ونقل عنه ما يدل على أن اللقطة لا تملك مطلقاً .

قال الزركشي : قلت وهو غريب لا تفريع عليه ، ولا عمل .

وعنه يتملكها فقير غير ذوي القربى .

قال في الفائق : وعنه لا يملك ، لكن يأكله بعد الحول مع فقره . نقله حنبل وأنكره الخلال .

تنبيه : قدم المصنف : أن غير الأثمان كالأثمان . وهو إحدى الروايتين . وهو ظاهر كلام الخرقي .

قال في عيون المسائل : هذا الصحيح من المذهب . وصححه الناظم . واختاره ابن أبي موسى ، والمصنف ، وغيرهما .

قال في الفائق : وهو المختار .

قال ابن رزين : هذا الأظهر .

وقدمه في الكافي ، والمحرر ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم . وجزم به في العمدة ، والوجيز ، والمنور .

﴿ وعن الإمامِ أحمدَ : لا يَملكُ إلا الأثْمَانَ . وهي ظَاهِرُ المذْهَبِ ﴾ .

وكذا قال في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والفائق ، وغيرهم .

قال في الرعاية الكبرى : هذا أشهر .

قال في الخلاصة ، والرعاية الصغرى : وتملك الأثمان . ولا تملك العروض ، على الأصح . انتهيا .

واختاره أبو بكر ، والقاضي ، وابن عقيل وغيرهم .

قال المصنف ، والشارح ، والحارثى ، وصاحب الفروع : اختاره أكثر الأصحاب .

قال القاضي : نص عليه فى رواية الجماعة . وقدمه فى الرعاية ، والحاوى الصغير ، والفائق ، وغيرهم . وجزم به ناظم المفردات . فقال :

ملتقط الأثمـــان مذ عَرَّفها　　　حولا فقهر ذا الغِنَى يملكها

قال الزركشي : وعنه — وهى المشهورة فى النقل والمذهب عند عامة الأصحاب — : أن الشاة ونحوها تملك دون العروض . انتهى .

قوله ﴿ وَهَلْ لَهُ الصَّدَقَةُ بِغَيْرِهَا ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾ .

يعنى على القول بأنه لا يملك غير الأثمان .

وعلى هذا ، قال الأصحاب — القاضى ، وابن عقيل ، والسامرى ، وصاحب التلخيص ، وغيرهم — إن شاء سلم إلى الحاكم وبرىء . وإن شاء لم يسلم وعرفها أبداً .

قال فى الفروع : وظاهر كلام جماعة : لاتدفع إليه . وهل له الصدقة بها ؟ على روايتين .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والمحرر ، والنظم ، والمغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، وشرح الحارثى هنا .

إحداهما : له الصدقة به بشرط الضمان . وهو المذهب .

قال الخلال : كل من روى عن الإمام أحمد رحمه الله روى عنه : أنه يعرفها سنة ويتصدق بها .

قال فى الفائق : هو المنصوص أخيراً . وقدمه فى المستوعب ، والفروع .

قال فى القاعدة السادسة بعد المائة : يتصدق عنه ، على الصحيح من المذهب

والرواية الثانية : ليس له ذلك . بل يعرفها أبداً . نقله عنه طاهر بن محمد .

واختاره أبو بكر فى زاد المسافر ، وابن عقيل . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

قال الحارثى ، فى الغصب عند قوله « وإن بقيت فى يده غصوب » والمذهب أنه لايتصدق . انتهى .

لكن قال الخلال : هذا قول قديم رجع عنه ، وكل من روى عنه روى عنه : أنه يعرفها سنة ، ويتصدق بها .

وذكر أبو الخطاب رواية : أنه إن كان يسيراً باعه وتصدق به . وإن كان كثيراً : رفعه إلى السلطان . وقال : نقله مهنا . ورده المجد . ذكره فى القاعدة السابعة والتسعين .

وتقدمت هذه المسألة فى كلام المصنف ونظائرها فى أواخر الغصب ، عند قوله « وإن بقيت فى يده غصوب لايعرف أربابها » .

تنبيه : تلخص لنا مما تقدم فى هذه المسألة : أن الصحيح من المذهب : أن اللقطة تدخل فى ملكه قهراً ، كالميراث ، حيث قلنا « تملك » وأن الصحيح من المذهب : التسوية بين لقطة الحرم وغيرها .

وأن أكثر الأصحاب قالوا : لايملك غير الأثمان . وهو المشهور عنه . وهو المذهب .

لكن على المصطلح الذى تقدم فى الخطبة : يكون المذهب الملك فى الكل قهراً .

فائدة : قال فى الفروع : يتوجه الروايتان المتقدمتان اللتان فى الصدقة فى غير الأثمان : أن يأتيا فيما يأخذه السلطان من اللصوص إذا لم يعرف ربه .

فائدتان

إحداهما : لو التقط اثنان ، وعَرَّفا : ملكاها .

وعلى القول بالاختيار : لو اختار أحدهما فقط : ملك النصف ، ولا شىء لصاحبه .

الثانية : لو رأى اللقطة اثنان . فقال أحدهما للآخر : هاتها . فأخذها لنفسه . فهى للآخذ . وإن أخذها للآمر ، فهى له ـ أعنى للآمر ـ كما فى التوكيل فى الاصطياد . ذكر ذلك المصنف وغيره .

قوله ﴿ وَلاَ يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِى اللُّقَطَةِ حَتَى يعرفَ وِعَاءهَا ، وَوِكَاءهَا وَقَدْرَهَا ، وَجِنْسَهَا ، وَصِفَتَهَا . وَيُسْتَحَبُّ ذَلِكَ عِنْدَ وُجْدَانِهَا ﴾ .

الأولى : معرفة ذلك عند التقاطها .

وإن أخر معرفة ذلك إلى مجىء صاحبها جاز .

فإن لم يجىء ـ وأراد التصرف فيها بعد الحول ـ لم يجز حتى يعرف صفتها .

وكذلك إن أراد خلطها بماله على وجه لاتتميز .

وقال فى المغنى : تجب حالة الأخذ وجوباً موسعاً ، وحالة إرادة التصرف وجوباً مضيقاً .

فائدة «الوعاء» هو ظرفها ، و«الوكاء» هو الخيط الذى تشد به . و«العفاص»

قال فى المستوعب : هو الشد ، والعقد . وقيل : هو صِمام القارورة .

وذكر ابن عقيل فى التذكرة : أنه الصرة . وهو ظرفها .

قال الزركشى : هو الوعاء الذى تكون فيه ، من خرقة أو غيرها .

قال فى الرعاية الكبرى « الوكاء » ما يشد به . و «العفاص» هو صفة شده وعقده .

وقيل : بل سدادة القارورة . وقيل : بل الوعاء . انتهى .

قال الحارثى «العفاص» مقول على الوعاء . وورد «احفظ عفاصها ووعاءها»

و « العفاص » فى هذه الرواية : صمام القارورة ، أى الجلد المجعول على رأسها يقال عليه أيضاً . فيتعرف الوعاء : كيساً هو أو غير ذلك . وهل هو من خرق أو جلود أو ورق ؟ .

وقال ابن عقيل ، و يتعرف : هل هو إبر يسم ، أو كتان ؟

و إن كان ثياباً : تعرف لفائفها . أو مائعاً تعرف ظرفه : خرق ، أو خشب أو جلد .

ويتعرف « الوكاء » وهو مايربط به : سير ، أم خيط ، أم شرابة ؟

قال القاضي ، وابن عقيل وغيرهما : و يتعرف الربط هل هو عقدة أو عقدتان وأنشوطة أو غيرها ؟ .

قوله ﴿ وَالإِشْهَادُ عَلَيْهَا ﴾ .

يعني يستحب الإشهاد عليها . و يكونان عدلين . وهذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

قال الحارثي : قاله كثير من الأصحاب .

قال الزركشي : هو المشهور . وجزم به في الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والوجيز ، وغيرهم . ونصره المصنف ، والشارح ، وغيرهما . وقدمه في المستوعب ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

وقيل : يجب الإشهاد . واختاره أبو بكر في التنبيه ، وابن أبي موسى .

قال الحارثي : وهو الصحيح .

قال في الفائق : وهو المنصوص .

تنبيه : يكون الإشهاد عليها ، لا على صفتها . على الصحيح من المذهب .

وقيل : يكون عليها وعلى صفتها . و يحتمله كلام المصنف .

قوله ﴿ فَمَتَي جَاءَ طَالِبُهَا فَوَصَفَهَا : لَزِمَهُ دَفْعُهَا إِلَيْهِ ﴾ .

يعني : من غير بينة ولا يمين . بلا نزاع . وسواء غلب على ظنه صدقه أولا ؟ على الصحيح من المذهب . نص عليه .

وجزم به فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والفائق ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وقيل : لا يدفعها إليه إذا وصفها إلا مع ظن صدقه . وقدمه فى الرعاية الكبرى .

وقال فى المبهج ، والتبصرة : جاز الدفع .

ونقل ابن هانىء ، ويوسف بن موسى : لا بأس به .

تنبيه : محل الخلاف فيما إذا وصفها فقط .

أما إذا قامت له بينة بذلك : لزمه دفعها . وهو واضح .

فائدة : قال الحارثى : إذا قلنا بوجوب الدفع إذا وصفها . فقال الشريف أبو جعفر ، وأبو الخطاب ، والقاسم بن الحسن بن الحداد ــ فى كتبهم الخلافية ــ إذا وصف العفاص والوكاء والعدد : لزم الدفع . ونص عليه فى رواية ابن مشيش .

وقال أبو الفرج الشيرازى : إذا جاء بالصفة والوزن : جاز الدفع إليه .

قوله ﴿ وَزِيَادَتُهَا الْمُنْفَصِلَةُ لِمَالِكِهَا قَبْلَ الْحَوْلِ ، وَلِوَاجِدِهَا بَعْدَهُ . فِي أَصَحِّ الوَجْهَيْنِ ﴾ .

وهو المذهب . وصححه فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والنظم ، والرعايتين ، والفائق ، والفروع ، وغيرهم . وقدمه فى الكافى .

والوجه الثانى : تكون لصاحبها أيضاً . اختاره ابن أبى موسى . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

وهما روايتان فى الترغيب ، والتلخيص .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، وشرح الحارثى .

قال فى الهداية ـ وتبعه فى المستوعب ، بعد أن أطلق الوجهين ـ بناء على الأب إذا استرجع العين الموهوبة .

وقال أبو الخطاب أيضاً ، عن الوجه الثانى : بناء على المفلس .

وقال الحارثى : هما مبنيان على الخلاف فى مثله فى المبيع المرتجع من المفلس ، والموهوب المرتجع من الولد . انتهى .

قلت : أما الزيادة المنفصلة فى العين الموهوبة إذا رجع فيها الأب : فإنها للولد . على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب ، على ما يأتى فى الهبة .

وأما الزيادة المنفصلة فى المبيع المأخوذ من المفلس : فالخلاف فيها قوى .

والمذهب : أنها للبائع .

واختار المصنف وغيره : أنها للمفلس على ما تقدم .

وأما الزيادة المتصلة : فهى لمالكها على كل حال .

قوله ﴿ وَإِنْ تَلِفَتْ ، أَوْ نَقَصَتْ قَبْلَ الْحَوْلِ : لَمْ يَضْمَنْهَا ﴾ .

مراده : إذا لم يفرط فيها . لأنها أمانة فى يده .

﴿ وَإِنْ كَانَ بَعْدَهُ : ضَمِنَهَا ﴾ ولو لم يفرط .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . ونصروه .

وعنه : لا يضمنها إذا تلفت .

حكى ابن أبى موسى عن الإمام أحمد رحمه الله : أنه لَوَّح فى موضع : إذا أنفقها بعد الحول والتعريف : لم يضمنها . لحديث عياض بن حمار رضى الله عنه(١)

وقيل : لا يردها إن كانت باقية .

(١) روى أحمد وابن ماجه عن عياض بن حمار رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من وجد لقطة فليشهد ذوى عدل . وليحفظ عفاصها ووكاءها . فإن جاء صاحبها فلا يكتم . فهو أحق بها ، وإن لم يجىء صاحبها فهو مال الله يؤتيه من يشاء »

تنبيه : محل هذا : إذا قلنا يملكها بعد الحول .

فأما على القول بعدم الملك : فإنه لا يضمنها . إذا لم يفرط ، بل حكمها حكم الحول الأول .

فوائد

الأولى : لو قال مالكُ اللقطة ـ بعد التلف ـ للملتقط : أخذتَها لتذهب بها .

وقال الملتقط : بل لأعرفها . فالقول قول الملتقط . ذكره المجد فى شرحه . نقله عنه الحارثى فى آخر الباب .

الثانية : إذا تصرف فى اللقطة بعد الحول ، فإن كانت مثلية : ضمنها بمثلها . وإن لم تكن مثلية : ضمنها بقيمتها يوم عرف ربها . على الصحيح من المذهب . اختاره القاضى ، وابن عبدوس ، وغيرهما . وجزم به فى المحرر ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقيل : يضمنها بقيمتها يوم ملكها . قطع به ابن أبى موسى ، وصاحب التلخيص . وصححه فى الفائق . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير . وأطلقهما الحارثى فى شرحه .

وقيل : يضمنها بقيمتها يوم غرم بدلها .

الثالثة : لو أدركها ربها بعد الحول مبيعةً ، أو موهوبةً . فليس له إلا البدل كما فى التلف ، ولو أدركها فى زمن الخيار ، فوجهان .

أصحها : وجوب الفسخ ، والرد إليه . قاله الحارثى . وجزم به فى الكافى ، والرعاية .

والوجه الثانى : عدم الوجوب . وهو قوى فى النظر . لأن الملك ينتقل إلى المشترى ، زمن الخيار . على الصحيح من المذهب .

ولو كان عاد إليه بفسخ أو شراء ، أو غير ذلك : أخذه المالك . قطع به الحارثى .

ولو أدركه مرهوناً : ملك انتزاعه لقيام ملكه ، وانتفاء إذنه فى الرهن . قاله الحارثى .

قلت : ويتوجه عدم الانتزاع . لتعلق حق المرتهن به .

والرابعة : تدخل اللقطة فى ملك الملتقط من غير عوض يثبت فى الذمة . وإنما يتجدد وجوب العوض بظهور المالك ، كما يتجدد به زوال الملك عن العين . ذكره المصنف ، والشارح . وقدمه الحارثى ، ونصره .

وقال القاضى : إنما يملك بعوض كالقرض .

ثم قال : إنما تجب القيمة بحضور المالك .

قال الحارثى : وهذا تناقض .

وقال ماقاله القاضى وكثير من أصحابه قاله الزركشى .

قوله ﴿ وَإِنْ وَصَفَهَا اثْنَانِ : قُسِّمَتْ بَيْنَهُمَا فِى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ﴾ .

وكذا قال فى المذهب . وصححه فى التصحيح .

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وقدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والرعايتين ، والنظم ، والحاوى الصغير ، والقواعد فى القاعدة الثامنة والتسعين .

﴿ وَفِى الأُخْرَى يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا . فَمَنْ قَرَعَ صَاحِبَهُ : حَلَفَ وَأَخَذَهَا ﴾ .

وهو المذهب .

قال الحارثى : والمذهب القرعة ، ودفعها إلى القارع مع يمينه . نص عليه . وذكره المصنف فى كتابيه .

وبه جزم القاضى ، وابن عقيل . كما فى تداعى الوديعة .

قال الشارح : وهذا أشبه بأصولنا فيما إذا تداعيا عيناً فى يد غيرهما . انتهى .

وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الكافى ، والمغنى . وصححه ابن رزين فى شرحه ، وقال : هذا أقيس .

قلت : وهو الصواب .

وأطلقهما فى الفروع ، والفائق ، والقواعد الفقهية فى القاعدة الستين بعد المائة

تنبيه : محل هذا : إذا وصفاها معاً ، أو وصفها الثاني قبل دفعها إلى الأول .

أما إذا وصفها واحد ودفعت إليه ، ثم وصفها آخر : فإن الثانى لايستحق شيئاً . على الصحيح من المذهب . قطع به فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، وغيره . وعليه الأصحاب .

وقال أبو يعلى الصغير : إن زاد فى وصفها : احتمل تخريجه على بينة النتاج والنساج . فإن رجحنا به هناك رجحنا به هنا .

فائدتان

إحداهما : لو ادعاها كل واحد منهما ، فوصفها أحدهما دون الآخر : حلف وأخذها . ذكره الأصحاب .

قال فى الفروع : ومثله وصفه مغصوباً ومسروقاً . ذكره فى عيون المسائل ، والقاضى ، وأصحابه ، على قياس قوله : إذا اختلف المؤجر والمستأجر فى دِفْن الدار فمن وصفه فهو له .

وقيل : لا . كوديعة ، وعارية ، ورهن ، وغيره . لأن اليد دليل الملك . ولا تتعذر البينة .

الثانية : يلزم مدعى اللقطة ، مع صفتها : أن يقيم بينة بالتقاط العبد لها . على الصحيح من المذهب . لأن إقرار العبد لايصح فيما يتعلق برقبته . صححه فى المستوعب . وقدمه فى الفروع ، وغيره . وقيل : لا يلزمه .

قوله ﴿ وَإِنْ أَقَامَ آخَرُ بَيِّنَةً : أَنَّهَا لَهُ . أَخَذَهَا مِنَ الْوَاصِفِ . فَإِنْ تَلِفَتْ ضَمِنَهَا مَنْ شَاءَ مِنَ الْوَاصِفِ أَوِ الدَّافِعِ إِلَيْهِ ﴾ وهو الملتقط ﴿ إِلاَّ أَنْ يَدْفَعَهَا بِحُكْمِ حَاكِمٍ فَلاَ ضَمَانَ عَلَيْهِ ﴾ .

إن دفعها إلى الواصف بحكم حاكم ، فلا ضمان عليه . قولا واحداً .

وإن لم يكن بحكم حاكم . فقدم المصنف : أنه مخير بين تضمين الواصف والدافع . وهو أحد الوجهين .

قال الحارثى : هو قول كثير من الأصحاب .

قلت : منهم القاضى . ذكره فى القواعد . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى المغنى ، والشرح .

فإن ضمن الدافع رجع على الواصف ، إلا أن يكون قد أقر له بالملك . قاله فى القواعد ، وغيره .

وقيل : لايلزم الملتقط شىء ، إذا قلنا بوجوب الدفع إليه . وهو تخريج فى المغنى ، والشرح ، وهو المذهب .

قال الحارثى : وهو الصحيح . لأنه فعل ما أمر به ، ولا مندوحة عنه . كما لو كان بقضاء قاض . وقدمه فى المحرر ، والرعاية ، والفروع . وإليه ميل المصنف ، والشارح .

تنبيه : قوله ﴿ وَمَتَى ضَمَّنَ الدَّافِعَ : رَجَعَ عَلَى الوَاصِفِ ﴾ .

مراده : إذا لم يعترف له بالملك .

فأما إن اعترف له بالملك : فإنه لا يرجع عليه ألبتة .

قوله ﴿ وَلاَ فَرْقَ بَيْنَ كَوْنِ الْمُلْتَقِطِ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا ، مُسْلِمًا كَانَ أَوْ كَافِرًا ، عَدْلاً أَوْ فَاسِقًا . يَأْمَنُ نَفْسُهُ عَلَيْهَا ﴾ .

وهذا المذهب . جزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والفروع .

قال ابن منجا فى شرحه : هذا المذهب .

قال فى الخلاصة : فإن كان الفاسق لايؤمن على تعريفها : ضم إليه أمين — انتهى .

وقيل : يضم إلى الفاسق أمين فى تعريفها وحفظها .

وقطع به القاضى ، وابن عقيل ، وأبو الحسن بن البنا ، وأبو الفرج الشيرازى ، والمصنف فى المغنى ، والكافى ، وصاحب المحرر .

وقال فى الفائق : و يضم إلى الفاسق أمين في أصح الوجهين . وقدمه الحارثى

قال المصنف فى المغنى ، والشارح : و إن علم الحاكم أو السلطان بها : أقرها فى يده ، وضم إليه مشرفا يشرف عليه . و يتولى تعريفها .

وقيل : يضم إلى الذمى عدل .

قال فى المغنى ، والشرح : إن علم بها الحاكم أقرها فى يده . وضم إليه مشرفاً عدلا يشرف عليه ، و يعرفها .

قال الحارثى : ولا بد من مشرف يشرف عليه .

وقيل : تُنْزع لقطة الذمى من يده ، وتوضع على يد عدل . وهو احتمال فى المغنى والشرح .

قوله ﴿ وَإِنْ وَجَدَهَا صَبِيٌّ ، أَوْ سَفِيهٌ : قَامَ وَلِيُّهُ بِتَعْرِيفِهَا . فإِذَا عَرَّفَهَا فَهِيَ لِوَاجِدِهَا ﴾ .

وكذا المجنون . قاله فى المغنى ، والشرح ، والمنتخب ، والترغيب ، والتبصرة والحارثى ، وغيرهم .

فائدتان

إحداهما : قال الأصحاب : يضمن الولى إن أبقاها بيد الصبى بعد علمه . و إن تلفت فى يد أحدهما بغير تفريط : فلا ضمان عليه . و إن تلفت بتفريطه : ضمنها فى ماله . نص عليه فى صبى كإتلافه . وجزم به فى المغنى ، والشرح . وقدمه فى الفروع وغيره . وفى المنتخب وغيره : لا يضمن .

الثانية : لو كان الصبي مميزاً فعرف . قال الحارثي : فظاهر كلامه في المغني : عدم الإجزاء .

والأظهر الإجزاء . لأنه يعقل التعريف . فالمقصود حاصل . واقتصر على كلامهما في القواعد الأصولية .

قوله ﴿ وَإِنْ وَجَدَهَا عَبْدٌ فَلِسَيِّدِهِ أَخْذُهَا مِنْهُ وَتَرْكُهَا مَعَهُ . وَيَتَوَلَّى تَعْرِيفَهَا إِذَا كَانَ عَدْلاً ﴾ .

للعبد أن يلتقط ، وأن يعرفها مطلقا . على الصحيح من المذهب .

قال في الرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع : له ذلك في الأصح .

وجزم به في المغني ، والكافي ، والشرح .

قال الزركشي : يصح التقاطه على المذهب . وقدمه في المستوعب ، والفائق ، وشرح الحارثي .

وقيل : ليس له ذلك بغير إذن السيد . اختاره أبو بكر . وهو رواية ذكرها الزركشي ، وغيره . وجزم به في البلغة .

قال الحارثي : وعن أبي بكر : يتوقف التقاطه على إذن السيد . ذكره السامري ، أخذاً من قوله في التنبيه « إذا التقط العبد فضاعت منه أو أتلفها : ضمنها »

قال : فسوى بين الإتلاف والضياع . ولم يفرق بين الحول و بعده . فدل على عدم الصحة بدون إذن .

قال الحارثي : وفي استنباط السامري نظر .

قوله ﴿ فَإِنْ أَتْلَفَهَا قَبْلَ الْحَوْلِ : فَهِيَ فِي رَقَبَتِهِ ﴾ بلا نزاع ﴿ وَإِنْ أَتْلَفَهَا بَعْدَهُ : فَهِيَ فِي ذِمَّتِهِ ﴾ .

هذا أحد القولين . نص عليه . وجزم به في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب والخلاصة ، والتلخيص ، وشرح ابن منجا ، ومنتخب الأدمي ، وغيرهم . وقدمه في الرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفائق ، وغيرهم .

قال فى تجريد العناية : إذا أتلفها بعد الحول . فنى ذمته . على الأظهر .

و يأتى كلام الزركشى على هذا القول .

وقيل : إن أتلفها بعد الحول ، فإن قلنا يملكها : فهى فى ذمته . و إن قلنا لايملكها : فهى فى رقبته .

هذا المذهب على مايأتى .

واعلم أن العبد : هل يحصل له الملك من غير تمليك سيده أم لا ؟ فيه خلاف سبق فى أول كتاب الزكاة عند الفوائد التى ذكرت هناك .

فتى أتلفها ، أو فرط حتى تلفت ، فإن كان قبل الحول : فهى فى رقبته . نص عليه . وعلى السيد الفداء أو التسليم .

و إن كان بعده . فإن قلنا يملكها : فهى فى ذمته . و إن قلنا لايملكها : فهى فى رقبته . هذا المذهب . نص عليه . وجزم به فى المغنى ، والمحرر ، والنظم . وقدمه فى الشرح ، والفروع .

قال الحارثى : وهذا إنما يتجه على تقدير أن السيد لم يملك . لكونه لم يتملك استنادا إلى توقف الملك على التملك . وفيه بعد .

وقال فى الشرح أيضاً : و يصلح أن ينبنى على استدانة العبد : هل تتعلق برقبته أو ذمته ؟ على روايتين .

قال الحارثى : وهو تخريج حسن ، لشبه الغرم بعد الإنفاق بأداء المقترض .

وقال أبو بكر فى زاد المسافر : لأبى عبد الله فى ضمان ماأتلفه العبد قولان ، أى روايتان .

إحداهما : فى رقبته كالجناية .

والأخرى : فى ذمته . و بالأول أقول .

قال السامرى : ولم يفرق قبل الحول و بعده .

وقال ابن عقيل : لايتجه الفرق فى التعلق بالرقبة بين ماقبل الحول و بعده .

قال الحارثى : وهذا ضعيف جداً . انتهى .

وقال الزركشى ـ عن كلام المصنف هنا ، ومن تابعه ـ : كلامهم متوجه ، إن قلنا : إن العبد يملك . و إن قلنا : الملك للسيد ـ كما صرح به أبو محمد ، واقتضاه كلام صاحب التلخيص وغيره ـ : فالجناية على مال السيد . فلا تتعلق بذمته ، ولا برقبته ، بل الذى ينبغى : أن تتعلق بذمة السيد . وإن قيل : إن العبد لا يملك ولا السيد : تعين التعلق برقبته ، كجنايته . انتهى .

وقال فى الكافى : و إن أتلفها العبد : فحكم ذلك حكم جنايته . انتهى .

ونقل ابن منصور : جنايته فى رقبته . و إن خرق ثوب رجل : فهو دين عليه .

قوله ﴿ وَالْمُكَاتَبُ كَالْحُرِّ ﴾ بلا نزاع .

والمدبر ، والمعلق عتقه بصفة ، وأم الولد : كالعبد بلا نزاع أيضا .

قوله ﴿ وَمَنْ بَعْضُهُ حُرٌّ ، فَهِيَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ سَيِّدِهِ ، إلاَّ أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمَا مُهَايَأَةٌ . فَهَلْ تَدْخُلُ فِي الْمَهَايَأَةِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والحارثى ، والفائق .

أحدهما : لا تدخل فى المهايأة ، بل تكون بينه و بين سيده . وهو المذهب . صححه فى التصحيح . وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والفروع ، والحاوى الصغير .

والوجه الثانى : تدخل فى المهايأة . فإذا وجدها فى نو بة أحدهما : فهى له . جزم به فى الوجيز . وقدمه فى الخلاصة ، وتجريد العناية .

فائدة : وكذا الحكم فى النادر : من كسب المعتق بعضه ، كالهبة ، والهدية ، والوصية ، ونحوها . خلافا ومذهبا .

تنبيه : الخلاف هنا : مبنى على الخلاف فى دخول نوادر الأكساب ، كالوصية ، والهدية ، ونحوهما ، والركاز . قاله الحارثى .

فوائد

منها : لو وجد لقطة فى غير طريق مَأْتِيٍّ : فهى لقطة . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفائق .

واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله : أنه كالركاز .

واختاره فى الفائق . وجعله فى الفروع : توجيهاً له .

ومنها : لو أخذ متاعه ، أو ثوبه ، وترك له بدله ، فالصحيح من المذهب : أنه لقطة . نص عليه فى رواية ابن القاسم ، وابن بختان .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، وابن رزين ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

وقيل : لايُعرفه مع قرينة سرقة . وهو احتمال للمصنف .

قلت : وهو عين الصواب .

قال الحارثى : وهذا حسن .

وقال : قد يقال فيه بمعنى مسألة الظفر .

ومذهب الإمام أحمد رحمه الله : منع الأخذ فيها .

فعليها : هل يتصدق به بعد تعريفه ؟

إن قلنا : يعرفه ، أو يأخذ حقه بنفسه ، أو بإذن حاكم : فيه أوجه .

وأطلقهن فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، والفروع ، والفائق ، وتجريد العناية .

قال المصنف ، وتابعه الشارح : القول بأخذ حقه بنفسه أقرب إلى الرفق بالناس

قال الحارثى : وهذا قوى على أصل من يرى أن العقد لايتوقف على اللفظ .

أما على التوقف : فلا يكتفى بمثل هذا .

قال : وبالجملة : فالأظهر الجواز ، رجحه المصنف .

ومنها : لو وجد فى جوف حيوان درة ، أو نقداً : فهو لقطة لواجده . على

الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع ، وشرح الحارثى ، وصححه .

ونقل ابن منصور : تكون لقطة للبائع إن ادعاه ، إلا أن يدعى المشترى : أنه أكله عنده . فهو له .

فأما إن كانت الدرة غير مثقوبة فى السمكة : فهى للصياد . لأن الظاهر ابتلاعها من معدنها .

ومنها : لو وجد لقطة بدار الحرب ، وهو فى الجيش : عرفها . ثم وضعها فى المغنم . نص عليه .

وإن كان دخل بأمان عرفها ، ثم هى له . إلا أن يكون فى جيش ، فهى كالتى قبلها .

وإن دخل متلصصاً عرفها ، ثم هى كالغنيمة . على الصحيح من المذهب .

ويحتمل أن تكون له من غير تعريف . ذكره المصنف .

قلت : وهذا هو الصواب . وكيف يعرف ذلك ؟

ومنها : مؤنة رد اللقطة : على ربها . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع . وقاله القاضى فى التعليق ، وأبو الخطاب فى الانتصار ، لتبرعه .

ومعناه فى شرح المجد : فى عدم سقوط الزكاة بتلف المال قبل التمكن .

وقال فى الترغيب ، والرعاية : مؤنة الرد على الملتقط .

ومنها : ضمانها بموته ، كالوديعة .

وقيل : به بعد الحول . ووارثه كهو .

ومنها : الالتقاط : يشتمل على أمانة واكتساب .

قال الحارثى : وللناس خلاف فى المغلب منهما . منهم من قال : الكسب ووجه بأنه مآل الأمر .

ومنهم من قال : الأمانة . وهو الصحيح . لأن المقصود إيصال الشىء إلى أهله . ولأجله شرع الحفظ والتعريف أولا ، والملك آخراً ، عند ضعف الترجى للمالك

ومنها : لو استيقظ فوجد فى ثوبه دراهم ، لايعلم مَنْ صَرَّها : فهى له . ولا تعريف .

وللامام أحمد رحمه الله : نص يوجب التعريف ، وينفى الملك .

ومنها : لو ألقت الريح إلى داره ثوب إنسان . فإن جهل المالك : فلقطة . فإن علمه : دفعه إليه . فإن لم يفعل : ضمن بحبس مال الغير ، من غير إذن ولا تعريف .

ومنها : لو سقط طائر فى داره . فقال فى المغنى : لايلزمه حفظه ، ولا إعلام صاحبه . لأنه محفوظ بنفسه . وهذا مالم ينقطع عنه .

أما إن انقطع : وجب حفظه والدفع إليه . لأنه ضائع عنه .

باب اللقيط

فائدة : قوله ﴿ وَهُوَ الطِّفْلُ المنْبُوذُ ﴾ .

قال الحارثى : تعريف « اللقيط » بالمنبوذ ، يحتاج إلى إضمار ، لتضاد ما بين اللَّقْطِ والنَّبْذِ ، كما بُيِّن .

ومع هذا فليس جامعاً . لأن الطفل قد يكون ضائعاً . لا منبوذاً .

ومنهم : من عرف بأنه الضائع ، وفيه مافيه .

وقال فى الرعايتين ، والوجيز : هو كل طفل نبذ ، أو ضل .

تنبيه : قوله ﴿ وَهُوَ الطِّفْلُ ﴾ .

يعنى : فى الواقع فى الغالب . و إلا فهو لقيط إلى سن التمييز فقط . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع ، والرعاية الكبرى ، والحارثى .

وقيل : والمميز أيضاً إلى البلوغ .

قال فى الفائق : وهو المشهور .

قال الزركشى : هذا المذهب .

قال فى التلخيص : والمختار عند أصحابنا : أن المميز يكون لقيطا . لأنهم قالوا : إذا التقط رجل وامرأة معاً من له أكثر من سبع سنين : أقرع بينهما ، ولم يخير ، بخلاف الأبوين .

قوله ﴿ وَهُوَ حُرٌّ ﴾ .

يعنى فى جميع أحكامه . هذا الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، والفائق ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وقيل : إلا فى القود . ومثله دعوى قاذفه رِقَّه على ما يأتى .

فائدة : يستحب للملتقط الإشهاد عليه وعلى ما معه . على الصحيح من المذهب .

وقيل : يجب . وتقدم نظيره فى اللقطة .

تنبيه : قوله ﴿ يُنْفَقُ عَلَيْهِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ إِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ مَا يُنْفَقُ عَلَيْهِ ﴾ بلا نزاع .

لكن إن تعذر : اقترض الحاكم عليه . قاله الحارثى .

فإن تعذر : فعلى من علم حاله الإنفاق . فهى فرض كفاية ، كالتقاطه .

وهذا الإنفاق يجب مجاناً عند القاضى وجماعة . منهم : صاحب المستوعب ، والتلخيص . واختاره صاحب الموجز ، والتبصرة . وقالا : له أن ينفق عليه من الزكاة . وقدمه فى الرعاية .

قال الحارثى : وهو أصح .

وقال : وكلام المصنف فى المغنى يقتضى ثبوت العوض للمنفق إن اقترن بالإنفاق قصد الرجوع . وقدمه فى الفروع . لأنه جعل الإنفاق عليه بنية الرجوع . كمن أدى حقاً واجباً عن غيره . على ما تقدم فى باب الضمان .

وقال فى القاعدة الخامسة والسبعين : نفقة اللقيط خرجها بعض الأصحاب على الروايتين فيمن أدى حقاً واجباً عن غيره ، على ماتقدم فى باب الضمان .

ومنهم من قال : يرجع هنا . قولا واحداً . أو إليه ميل صاحب المغنى . لأن له ولاية على اللقيط .

ونص الإمام أحمد رحمه الله : أنه يرجع بما أنفقه على بيت المال . انتهى .

وقال الناظم : إن نوى الرجوع واستأذن الحاكم : رجع على الطفل بعد الرشد ، وإلا رجع على بيت المال .

قال الحارثى : وناقض السامرى ، وصاحب التلخيص . فقالا : بعد تعذر

الاقتراض على بيت المال ، وامتناع من وجب عليه الإنفاق مجاناً ـ إن أنفق الملتقط رجع على اللقيط ، فى إحدى الروايتين .

والأخرى : لا يرجع مالم يكن الحاكم أذن له فى الإنفاق . زاد فى التلخيص : والأصح أنه يرجع . انتهى .

قال الحارثى : والوجوب مجاناً واستحقاق العوض لا يجتمعان . وإنما ذلك ـ والله أعلم ـ ما إذا كان للقيط مال تعذر إنفاقه لمانع ، أو ينتظر حصوله من وقف ، أو غيره .

قوله ﴿ وَيُحْكَمُ بِإِسْلاَمِهِ ﴾ بلا نزاع ﴿ إلاّ أَنْ يُوجَدَ فِى بَلَدِ الكُفَّارِ ، وَلاَ مُسْلِمَ فِيهِ . فَيَكُون كَافِرًا ﴾ .

وهذا المذهب . وعليه الأصحاب .

قال الحارثى : فالمذهب عند الأصحاب : الحكم بكفره . وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، وشرح الحارثى ، والفروع ، والفائق وغيرهم .

قال المصنف والشارح : وقال القاضى : يحكم بإسلامه أيضاً . لأنه يحتمل أن يكون فيه مؤمن يكتم إيمانه .

قال الحارثى : وحكى صاحب المحرر وجهاً بأنه مسلم . اعتباراً بفقد أبويه .

فائدة : لو كان فى دار الإسلام بلدٌ كلٌّ أهلها أهل ذمة ، ووجد فيها لقيط : حكم بكفره . وإن كان فيها مسلم حكم بإسلامه . قولا واحداً فيهما ، عند المصنف والشارح ، وغيرهم .

وقيل : يحكم بإسلامه إذا كان كل أهلها أهل ذمة .

قال الحارثى : اختاره القاضى ، وابن عقيل .

قوله ﴿ فَإِنْ كَانَ فِيهِ مُسْلِمٌ : فَعَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

يعنى : إذا كان فى بلد الـكفار مسلم ولو واحداً . قاله فى التلخيص ، وشرح الحارثى . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وشرح الحارثى ، والـكافى ، وشرح ابن منجا .

أحدهما : يحكم بكفره . وهو المذهب . جزم به فى المنور . وقدمه فى المحرر ، والفروع ، والفائق .

والوجه الثانى : يحكم بإسلامه . جزم به فى الوجيز .

فائدتان

إحداهما : قال الحارثى : مَثَّل الأصحاب فى المسلم هنا بالتاجر والأسير ، واعتبروا إقامته زمناً ما ، حتى صرح فى التلخيص : أنه لا يكفى مروره مسافراً .

وقال فى الرعاية : وإن كان فيها مسلم ساكن : فاللقيط مسلم .

الثانية : قال فى الفائق : لو كثر المسلمون فى بلد الـكفار : فلقيطها مسلم . وقاله ابن عبدوس فى تذكرته ، وصاحب الرعايتين ، والحاوى الصغير وغيرهم ومثل مسألة الخلاف فى الرعاية بالمسلم الواحد .

قوله ﴿ وَمَا وُجِدَ مَعَهُ مِنْ فِرَاشٍ تَحْتَهُ ، أَوْ ثِيَابٍ ، أَوْ مَالٍ فِي جَيْبِهِ أَوْ تَحْتَ فِرَاشِهِ ، أَوْ حَيَوَانٍ مَشْدُودٍ بِيَابِهِ : فَهُوَ لَه ﴾ وهذا بلا نزاع .

وقال المصنف فى المغنى ، والـكافى ، والشـارح ، وابن رزين فى شرحه ، وغيرهم : وكذا لو كان مدفونا فى دار ، أو خيمة تـكون له .

وظاهر كلام المجد ، وجماعة : خلافه .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ مَدْفُونًا تَحْتَهُ ﴾ يعنى : إذا كان الدفن طريًا ﴿ أَوْ مَطْرُوحًا قَرِيباً مِنْهُ ، فَعَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

ذكر المصنف هنا مسألتين .

إحداها : إذا كان مدفوناً تحته ، والدفن طرياً . فأطلق فيه وجهين .

وأطلقهما فى المذهب ، والرعايتين ، والفروع ، والفائق ، والحاوى الصغير ، وشرح الحارثى ، والشرح .

أحدهما : يكون له . وهو المذهب .

صححه فى التصحيح . وقطع به ابن عقيل ، وصاحب الخلاصة ، والمحرر ، والوجيز ، والمنور ، وتذكرة ابن عبدوس .

قلت : وهو الصواب .

والوجه الثانى : لا يكون له . قدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والكافى ، والتلخيص ، والنظم ، وشرح ابن رزين . وهو المذهب . على المصطلح فى الخطبة .

وحكى فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق وجهاً : أنه له ، ولو لم يكن الدفن طرياً ، وهو ظاهر كلام المصنف هنا . وهو بعيد جداً .

ولم يذكره فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وشرح الحارثى .

الثانية : إذا كان مطروحاً قريباً منه . فأطلق المصنف فيه الوجهين .

وأطلقهما فى المذهب ، والكافى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، وابن منجا والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، والنظم .

أحدهما : يكون له . وهو الصحيح من المذهب . صححه فى المغنى ، والشرح والفائق ، والتصحيح . وجزم به فى الخلاصة ، والمحرر ، والوجيز ، والمنور .

والوجه الثاني : لا يكون له . قدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والتلخيص ، وشرح ابن رزين . واختاره ابن البناء .

ولنا قول ثالث فى أصل المسألتين بالفرق بين الملقى قريباً منه و بين المدفون

تحته . فيكون الملقى القريب : له دون المدفون تحته . قاله فى المجرد . وقطع به .

قال الحارثى : ويقتضيه إيراده فى المغنى .

قلت : قدم فى الكافى ، والنظم : أنه لا يملك المدفون .

وأطلق فى الملقى القريب الوجهين ، كما تقدم .

قوله ﴿ وَلَهُ الإِنْفَاقُ عَلَيْهِ مِمّا وُجِدَ مَعَهُ بِغَيْرِ إِذْنِ حَاكِمٍ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . وقطع به ابن حامد ، والمصنف فى الكافى والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وعنه : مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لاَ يُنْفِقُ إِلاَّ بِإِذْنِهِ .

وهو وجه فى شرح الحارثى . ورد هذه الرواية المجد فى شرحه . ذكره فى القواعد ، والمصنف . نقله الزركشى .

وتقدم قريباً : إذا أنفق عليه من ماله ونوى الرجوع .

فوائد

منها : وكذا الحكم فى حفظ ماله . قطع به فى المغنى ، وغيره .

وقال فى التلخيص : يحتمل اعتبار إذن الحاكم فيه .

ومنها : قبول الهبة ، والوصية .

قال الحارثى : مقتضى قوله فى المغنى : أنه الملتقط .

ومقتضى كلام صاحب التلخيص : أنه للحاكم .

قلت : كلام صاحب المغنى موافق لقواعد المذهب فى ذلك .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ فَاسِقًا ، أَوْ رَقِيقًا ، أَوْ كَافِرًا ، وَاللَّقِيطُ مُسْلِمٌ ، أَوْ بَدَوِيًّا يَنْتَقِلُ فِي الْمَوَاضِعِ ، أَوْ وَجَدَهُ فِي الْحَضَرِ ، فَأَرَادَ نَقْلَهُ إِلَى الْبَادِيَةِ : لَمْ يُقَرَّ فِي يَدِهِ ﴾ .

يشترط فى الملتقط : أن يكون عدلا . على الصحيح من المذهب .

وقد قال المصنف قبل ذلك : أولى الناس بحضانته : واجده إن كان أميناً .

اختاره القاضي ، وقال : المذهب على ذلك . واختاره أبو الخطاب ، وابن عقيل وغيرهم .

قال في الفائق : وتشترط العدالة في أصح الروايتين .

وجزم باشتراط الأمانة في الملتقط في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وغيرهم .

وقطع في الوجيز ، والمحرر ، وغيرهما : أنه لا يقر بيد فاسق .

وقدمه في الكافي ، والشرح ، والنظم ، والفروع ، وغيرهم .

وقيل : يُقَرُّ بيد الفاسق إذا كان أميناً . وقدمه في الرعاية في موضع ، وابن رزين في شرحه . وهو ظاهر كلام الخرقي .

فإنه قال : وإن لم يكن من وجد اللقيط أميناً : منع من السفر به .

فظاهره : أنه إذا أقام به : كان أحق به ، وإن كان فاسقاً .

وأجراه صاحب التلخيص ، والفروع ، وغيرهما على ظاهره .

وقال المصنف ، وتبعه الشارح على قوله : ينبغي أن يضم إليه من يشرف عليه ، ويشهد عليه . ويشيع أمره ، ليؤمن من التفريط فيه .

تنبيه : ظاهر قوله « وإن كان فاسقاً لم يقر في يده » أن مستور الحال يقر في يده . وهو صحيح . وهو المذهب .

وجزم به في المغني ، والشرح ، وشرح الحارثي ، والفائق ، وغيرهم .

لكن لو أراد السفر به : فهل يقر بيده ؟ فيه وجهان .

وأطلقهما في المغني ، والشرح ، والنظم ، والزركشي ، وشرح الحارثي ، والفائق ، وغيرهم .

أحدهما : لا يقر بيده . جزم به في الكافي . وقدمه ابن رزين في شرحه .

والثانى : يقر فى يده .

وأما الرقيق : فليس له التقاطه إلا بإذن سيده . اللهم إلا أن لايجد من يلتقطه فيجب التقاطه . لأنه تخليص له من الهلكة .

أما مع وجود من هو أهل للالتقاط : فقطع كثير من الأصحاب بمنعه من الأخذ . معللاً بأنه لا يقر فى يده ، أو بأنه لاولاية له .

قال الحارثى : وفيه نظر . فإن أخذَ اللقيط قربة . فلا يختص بحر . وعدم الإقرار بيده دواماً لا يمنع أخذه ابتداء .

فعلى المذهب : إن أذن له سيده : فهو نائبه . وليس له الرجوع فى الإذن . قاله ابن عقيل .

واقتصر عليه فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى . وجزم به فى الفروع .

فائدة : المدبر ، وأم الولد ، والمعلق عتقه : كالقن لقيام الرق . والمكاتب كذلك . قاله فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى .

ومن بعضه رقيق كذلك . لأنه لا يتمكن من استكمال الحضانة .

وأما الكافر : فليس له التقاط المسلم ، ولا يقر بيده . ومراده بالكافر هنا : الذمى ، وإن كان الحربى بطريق أولى .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف : أن الكافر إذا التقط من حكم بكفره : أنه يقر بيده . وهو صحيح . صرح به القاضى ، وغيره من الأصحاب .

لكن لو التقطه مسلم وكافر . فقال الأصحاب : هما سواء . وهو المذهب .

وقيل : المسلم أحق . اختاره المصنف ، والناظم .

قال الحارثى : وهو الصحيح بلا تردد .

ويأتى ذلك فى عموم كلام المصنف قريباً .

فائدتان

إحداهما: يشترط فى الملتقط أيضاً: أن يكون مكلفاً. فلا يقر بيد صبى، ولا مجنون.

الثانية: يشترط الرشد. فلايقر بيد السفيه. جزم به فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والتلخيص، وغيرهم. وقدمه فى الرعاية.

ثم قال: قلت: والسفيه كالفاسق. انتهى.

لأنه لا ولاية له على نفسه فأولى أن لا يكون وليا على غيره.

وظاهر كلام المصنف هنا، وصاحب المحرر وغيرهما: أنه يقر بيده. لأنه أهل للأمانة والتربية.

قال الحارثى: وهذا أصح. وهو ظاهر ماقدمه فى الفروع.

قلت: وهو الصواب.

وأما إذا التقطه البدوى الذى ينتقل فى المواضع، فجزم المصنف هنا: أنه لا يقر فى يده. وهو أحد الوجهين. وهو المذهب. وجزم به فى الوجيز، والمنور، وشرح ابن منجا.

قال الحارثى: هذا أقوى.

والوجه الثانى: يقر. قدمه ابن رزين.

قلت: وهو الصواب.

وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمغنى، والكافى، والشرح، والمحرر، والفروع، والفائق، والرعايتين، والحاوى الصغير، والنظم، وغيرهم. وقال فى الترغيب، والتلخيص: متى وجده فى فضاء خالٍ، فله نقله حيث شاء.

وأما إذا التقطه من فى الحضر، فأراد نقلته إلى البادية، فجزم المصنف: أنه

لايقر فى يده . وهو الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به الحارثى فى شرحه ، وصاحب الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، وشرح ابن رزين ، والوجيز ، والزركشى ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وقيل : يقر . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح .

وتقدم كلام صاحب الترغيب .

قوله ﴿ وَإِنْ الْتَقَطَهُ فِي الحَضَرِ مَنْ يُرِيدُ النُّقْلَةَ إِلَى بَلَدٍ آخَرَ ، فَهَلْ يُقَرُّ فِي يَدِهِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والمحرر ، والشرح ، والفائق ، وشرح الحارثى ، وابن منجا ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والزركشى .

أحدهما : لايقر فى يده . وهو الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع ، وشرح ابن رزين .

والوجه الثانى : يقر . وهو ظاهر ماجزم به فى الوجيز . وصححه الناظم ، وصاحب التصحيح .

فوائد

إحداها : وكذا الحكم لو نقله من بلد إلى قرية ، فيه الوجهان . قاله القاضى فى المجرد ، وغيره .

الثانية : وكذا الحكم لو نقله من حِلَّة إلى حلة .

تنبيه : يستثنى من هذه المسائل : لو كان البلد وبيئاً ـ كغَوْر بَيسان ونحوه ـ فإنه يجوز النقل إلى البادية ، لتعين المصلحة فى النقل . قاله الحارثى .

قلت : فيعايى بها .

الثالثة : حيث يقال بانتزاعه من الملتقط ـ فيما تقدم من المسائل ـ فإنما ذلك عند وجود الأولى به .

أما إذا لم يوجد فإقراره : بيده أولى كيف كان . لرجحانه بالسبق إليه .

قوله ﴿ وَإِنْ الْتَقَطَهُ اثْنَانِ ، قُدِّمَ المَوسِرُ مِنْهُمَا عَلَى المعْسِرِ ، وَالمقِيمُ عَلَى المُسَافِرِ ﴾ .

لا أعلم فيه خلافا . وظاهر كلامه : أن البلدى وضده ، والكريم وضده . وظاهر العدالة وضده ، فى ذلك على حد سواء . وهو كذلك . قدمه فى الفروع . وقاله القاضى ، وابن عقيل .

وقال فى التلخيص ، والترغيب : يقدم البلدى على ضده .

وقال فى المغنى ومن تبعه : وعلى قياس قولهم فى تقديم الموسر : ينبغى أن يقدم الجواد على البخيل . انتهى .

وقيل : يقدم ظاهر العدالة على ضده . وهما احتمالان مطلقان فى المغنى ، والشرح . وأطلق الوجهين الحارثى .

فائدة : الشركة فى الالتقاط : أن يأخذاه جميعاً ، ولا اعتبار بالقيام المجرد عنده لأن الالتقاط حقيقة الأخذ . فلا يوجد بدونه ، إلا أن يأخذه الغير بأمره . فالملتقط هو الآمر . لأن المباشر نائب عنه . فهو كاستنابته فى أخذ المباح .

تنبيه : دخل فى كلام المصنف : لو التقطه مسلم وكافر . وهو كذلك . وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

وقيل : المسلم أولى . اختاره المصنف ، والحارثى ، والناظم ، وغيرهم . وتقدم ذلك أيضاً .

قوله ﴿ فَإِنْ تَشَاحَّا : أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا ﴾ .

هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به أكثرهم . منهم صاحب

المغنى ، والشرح ، والقواعد ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، وشرح الحارثى .

وقيل : يسلمه الحاكم إلى من شاء منهما أو من غيرهما .

وقال الحارثى : ذكر صاحب المحرر فى باب الحضانة : أن الرقيق إذا كان بعضه حراً تهايأ : فى حضانته سيده ونسيبه .

وحكى ذلك عن أبى بكر عبد العزيز .

قال : فيخرج هنا مثله . والمذهب الأول . انتهى .

تنبيه : قوله ﴿ وَإِنِ اخْتَلَفَا فِي الْمُلْتَقِطِ مِنْهُمَا ، قُدِّمَ مَنْ لَهُ بَيِّنَةٌ ﴾ بلا نزاع .

فإن كان لكل واحد منهما بينة : قدم أسبقهما تاريخاً . قاله فى المغنى ، والشرح ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، وغيرهم .

وإن اتحد تاريخهما أو أطلقتا ، أو أرخت إحداهما وأطلقت الأخرى : تعارضتا . وهل يسقطان أو يستعملان ؟ فيه وجهان .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، وغيرهم .

أحدهما : يسقطان . فيصيران كمن لا بينة لهما .

وجزم به ـ فيما إذا تساويا ـ فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وغيرهم .

والثانى : يستعملان ويقرع بينهما ، فمن قرع صاحبه كان أولى به .

قال فى الكافى : وإن تساويا فى اليد أو عدمها : سقطتا ، وأقرع بينهما . فقدم بها أحدهما . وجزم به ابن رزين فى شرحه .

ومحلهما : إذا لم يكن فى يد أحدهما .

قال الحارثى : وفى بينة المال وجه بتقديم المطلقة على المؤرخة . وهو ضعيف . بل الأولى : تقديم المؤرخة . انتهى .

ويأتى ذلك فى باب الدعاوى محرراً .

فإن كان اللقيط فى يد أحدهما ، فهل تقدم بينة الخارج ؟ فيه وجهان ، مبنيان على الروايتين فى دعوى المال ، على مايأتى فى بينة الداخل والخارج .

وقال فى الفروع : يقدم رب اليد مع بينة . وفى يمينه وجهان .

قوله ﴿ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمَا بَيِّنَةٌ : قدّم صَاحِبُ الْيَدِ ﴾ بلا نزاع .

لكن هل يحلف معها ؟ فيه وجهان ، وأطلقهما فى الكافى ، والفروع .

أحدهما : لايحلف . وهو ظاهر كلام المصنف هنا . واختاره ابن عقيل ، والقاضى . وقال : هو قياس المذهب .

وقدمه ابن رزين فى شرحه .

والوجه الثانى : يحلف . قاله أبو الخطاب . ونصره المصنف ، والشارح .

قال الحارثى : وهو الصحيح .

فائدتان

إحداهما : قوله ﴿ فَإِنْ كَانَ فِى أَيْدِيهِمَا أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا . فَمَنْ قَرَعَ سُلِّمَ إِلَيْهِ مَعَ يَمِينِهِ ﴾ .

على الصحيح من المذهب . قاله فى المغنى ، والشرح . وقالا : وعلى قول القاضى لاتشرع اليمين هنا . ويسلم إليه بمجرد وقوع القرعة له . وأطلقهما فى الكافى .

الثانية : لو ادعى أحدهما أنه أخذه منه قهراً ، وسأل الحاكم يمينه . قال فى الفروع : فيتوجه إحلافه .

وقال فى المنتخب : لايحلف ، كطلاق ادُّعِى على الزوج .

قوله ﴿ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمَا يَدٌ، فَوَصَفَهُ أَحَدُهُما ﴾ .

يعنى : بعلامة مستورة فى جسده : قدم . هذا المذهب . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والوجيز ، وشرح الحارثى ، والمحرر ، والقواعد الفقهية ، فى القاعدة الثامنة والتسعين ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وذكر القاضى فى الخلاف ، وصاحب المبهج ، والمنتخب ، والوسيلة : أنه لايقدم واصفه .

وذكره فى الفنون ، وعيون المسائل عن أصحابنا ، وإليه ميل الحارثى . فإنه نظر على تعليل الأصحاب .

فائدة : لو وصفاه جميعاً : أقرع بينهما .

قال فى التلخيص : واقتصر عليه الحارثى .

قوله ﴿ وَإِلاَّ سَلَّمَهُ الحَاكِمُ إِلَى مَنْ يَرَى مِنْهُمَا ، أَوْ مِنْ غَيْرِهِمَا ﴾ .

يعنى : إذا لم يكن فى أيديهما ، ولا فى يد واحد منهما ، ولا بينة لهما ، ولا لأحدهما ، ولا وصفاه ، ولا أحدهما . وهذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

قال الحارثى : قال الأصحاب ، والمصنف هنا : يسلمه القاضى إلى من يرى منهما ، أو من غيرهما . انتهى .

قال فى القواعد : قال القاضى ، والأكثرون : لا حق لأحدهما فيه ، ويعطيه الحاكم لمن شاء منهما ، أو من غيرهما . انتهى واختاره أبو الخطاب ، وغيره . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقال المصنف : والأولى أن يقرع بينهما . كما لو كان فى أيديهما .

فائدة : من أسقط حقه منه : سقط .

قوله ﴿ وَمِيرَاثُ اللَّقِيطِ وَدِيَتُهُ إِنْ قُتِلَ : لِبَيْتِ المَالِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب ، وقطع به كثير منهم .

وذكر ابن أبي موسى فى الإرشاد : أن بعض شيوخه حكى رواية عن الإمام أحمد رحمه الله : أن الملتقط يرثه . واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى ونصره . وصاحب الفائق . قال الحارثى : وهو الحق .

قوله ﴿ وَإِنْ قَتَلَ عَمْدًا فَوَلِيُّه الإِمَامُ . إِنْ شَاءَ اقْتَصّ ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الدِّيَة ﴾.

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . وقطع به أبو الخطاب فى الهداية ، وغيره .

وذكر فى التلخيص وجهاً : أنه لا يجب له حق الاقتصاص . وأن أبا الخطاب خرجه .

قال : ووجهه أنه ليس له وارث معين . فالمستحق جميع المسلمين . وفيهم صبيان ومجانين . فكيف يستوفى ؟

قال : وهذا يجرى فى قتل كل من لا وارث له . انتهى .

قوله ﴿ وَإِنْ قَطعَ طَرَفَهُ عَمْدًا : انْتُظِرَ بُلُوغُهُ ﴾ .

يعنى : مع رشده . هذا المذهب .

قال الحارثى : هذا الصحيح المشهور فى المذهب .

قال فى الفروع : والأشهر ينتظر رُشْدُهَ إذَا قُطِعَ طَرَفُهُ .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وغيرهم . وقدمه فى الشرح ، وغيره .

وعنه : للامام استيفاؤه قبل البلوغ . نص عليه فى رواية ابن منصور .

قال فى الفائق : وهو المنصوص المختار . وأطلقهما فى الفائق .

قوله ﴿ إلاّ أَنْ يَكُونَ فَقِيرًا مَجْنُونًا فَلِلإِمَامِ العَفْوُ عَلَى مَالٍ يُنْفَقُ عَلَيْهِ ﴾ .

هذا المذهب . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ،

والمغنى ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم من الأصحاب . وصححه القاضى ، وغيره .

وحكاه المجد عن نص الإمام أحمد رحمه الله .

وقيل : ليس له ذلك .

قال فى المقنع — فى باب استيفاء القصاص — فإن كانا محتاجين إلى النفقة — يعنى الصبى والمجنون — فهل لوليهما العفو على الدية ؟ يحتمل وجهين .

فعلى هذا : يجب على الإمام فعل ذلك . لأن عليه رعاية الأصلح . والتعجيل هنا : هو الأصلح . قدمه الحارثى فى شرحه . وهو الصواب .

وقال القاضى ، وابن عقيل : يستحب ذلك ، ولا يجب .

تنبيه : دخل فى عموم قوله « انتظر بلوغه » أنه لو كان فقيراً عاقلا ، فليس للإمام العفو على مال ينفق عليه . وهو أحد الوجهين . وهو ظاهر ماقطع به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وغيرهم .

وجزم به فى الشرح هنا ، والفصول ، والمغنى هنا .

والوجه الثانى : للامام ذلك . وهو الصحيح من المذهب .

قال القاضى ، والمصنف فى باب القود — عند قول الخرقى « إذا اشترك جماعة فى القتل » — هذا أصح .

وكذا قال فى الكافى ، فى باب العفو عن القصاص . وصححه فى الشرح فى باب استيفاء القصاص .

وحكاه المجد عن نص الإمام أحمد رحمه الله .

وفى بعض نسخ المقنع هنا « إلا أن يكون فقيراً أو مجنونا » بأو ، لابالواو .

وقد قال المصنف — فى هذا الكتاب فى باب استيفاء القصاص — : فإن كانا محتاجين إلى النفقه — يعنى الصبى ، والمجنون — فهل لوليهما العفو عن الدية ؟ يحتمل وجهين .

وكذا قال أبو الخطاب فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، وغيرهم هناك .
وأطلقهما أيضاً فى الفروع ، والرعاية .

ودخل أيضاً فى عموم كلامه : لو كان مجنونا غنياً . فليس للإمام العفو على مال ، بل تنتظر إفاقته . وهو المذهب .

قال الحارثى : هذا المذهب . وقطع به فى الشرح .

وذكر فى التلخيص وجها : للإمام ذلك . وجزم به فى الفصول ، والمغنى . وهو ظاهر كلامه فى الوجيز . وأطلقهما فى الفروع ، والرعاية .

تنبيه : حيث قلنا ينتظر البلوغ أو العقل . فإن الجانى يحبس إلى أوان البلوغ والإفاقة . وحيث قلنا بالتعجيل وأخذ المال : لو طلب اللقيط بعد بلوغه وعقله القصاص . ورد المال : لم يجب . ذكره فى التلخيص ، وغيره . وفرقوا بينه و بين الشفعة .

قوله ﴿ وَإِنْ ادّعَى الْجَانِى عَلَيْهِ ، أَوْ قَاذَفه رِقّه ، فكَذّبَهُ اللّقِيطُ بَعْدَ بُلُوغِهِ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ اللّقِيطِ ﴾ وهو المذهب .

قال الحارثى : هذا المذهب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، والفائق ، وغيرهم .

ويحتمل أن القول قول القاذف . قاله المصنف .

قال الحارثى : وذكر صاحب المحرر ــ فى قتل من لايعرف إذا ادعى رقه ــ وجها : أن القول قوله .

وعن القاضى فى كتاب الخصال : أنه جزم به . لأن الرق محتمل . والأصل البراءة .

وذكر صاحب المحرر ــ فى قذف من لا يعرف إذا ادعى رقه ــ رواية بقبول قوله . لأن احتمال الرق شبهة ، والحد يدرأ بالشبهات ، والأصل البراءة .

فائدة : لو كان اللقيط مميزاً ، يطأ مثله : وجب الحد على قاذفه . على الصحيح من المذهب . نص عليه .

وخرج وجه بانتفاء الوجوب . وقيل : هو رواية .

فعلى المذهب : يشترط لإقامته المطالبة بعد البلوغ . وليس للولى المطالبة . ذكره المصنف وغيره . ويأتى ذلك فى أوائل باب القذف .

قوله ﴿ وَإِنِ ادَّعَى إِنْسَانٌ أَنَّهُ مَمْلُوكُهُ : لَمْ يُقْبَلْ ﴾ قَوْلُهُ ﴿ إِلاَّ بِبَيِّنَةٍ تَشْهَدُ : أَنَّ أَمَتَهُ وَلَدَتْهُ فِى مِلْكِهِ ﴾ .

إذا ادعى إنسان أنه مملوكه ، فلا يخلو : إما أن يكون له بينة ، أو لا .

فإن لم يكن له بينة ، فلا يخلو : إما أن يكون فى يده ، أو لا .

فإن لم يكن فى يده ، فلا شىء له .

وإن كان فى يده ، فلا يخلو : إما أن يكون الملتقط أو غيره .

فإن كان هو الملتقط : فلا شىء له أيضاً . ذكره فى التلخيص ، وغيره .

وإن كان غير الملتقط هو صدق . قاله الحارثى . وقاله فى التلخيص وغيره . لدلالة اليد على الملك .

قال الحارثى : ومقتضى كلام المصنف فى المغنى ، والكافى : وجوب يمينه . وهو الصواب . لإمكان عدم الملك . فلا بد من يمين تزيل أثر ذلك .

ثم إذا بلغ ، وقال « أنا حر » لم يقبل .

وإن كان له بينة ، فلا يخلو : إما أن تشهد بيده أو بملكه ، أو بسبب ملكه .

فإن شهدت بيده ، فإن كان غير الملتقط : حكم له بها . والقول قوله مع يمينه فى الملك . ذكره المصنف ، والشارح ، والقاضى أيضاً . لدلالة اليد على الملك .

زاد القاضى : وأنه ضل عنه ، أو ذهب ، أو غصب .

وإن شهدت : أن أمته ولدته فى ملكه ، فعند الأصحاب : هو له .

وإن اقتصرت على أن أمته ولدته ، ولم تقل « فى ملكه » فقدم المصنف : أنه لا بد أن تشهد أن أمته ولدته فى ملكه . وهو المذهب . قدمه فى الفروع . وصححه الناظم . وجزم به فى منتخب الأدمى . وقطع به المصنف فى هذا الكتاب فى أثناء كتاب الشهادات .

ويحتمل أن لا يعتبر قول البينة فى ملكه . بل يكفى الشهادة بأن أمته ولدته .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والمغنى ، والشرح ، والمحرر ، وشرح الحارثى ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

وإن شهدت له أنه ملكه ، أو مملوكه ، أو عبده ، أو رقيقه : ثبت ملكه بذلك . على الصحيح من المذهب .

قطع به فى المغنى ، والكافى ، والشرح ، والقاضى ، وابن عقيل ، وصاحب المحرر ، وغيرهم .

وفيه وجه آخر : لابد من ذكر السبب . وهو ظاهر كلام المصنف هنا . وأبى الخطاب فى الهداية ، وصاحب المذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وغيرهم . لاحتمال التعويل على ظاهر اليد . وأطلقهما الحارثى فى شرحه .

وفيه وجه ثالث : بأن البينة لا تسمع من الملتقط ، وتسمع من غيره . لاحتمال تعويلها على يد الملتقط . ويده لا تقبل الملك . اختاره صاحب التلخيص .

فائدة : قال فى المغنى : إن شهدت البينة بالملك ، أو باليد : لم يقبل إلا رجلان ، أو رجل وامرأتان .

وإن شهدت بالولاء : قبل امرأة واحدة ، أو رجل واحد . لأنه مما لا يطلع عليه الرجال .

وقال القاضى : يقبل فيه شاهدان ، وشاهد وامرأتان . ولا يقبل فيه النساء . قال الحارثى : وهو أشبه بالمذهب .

قوله ﴿ وَإِنْ أَقَرَّ بِالرِّقِّ بَعْدَ بُلُوغِهِ : لَمْ يُقْبَلْ ﴾ .

إذا أقر اللقيط بالرق بعد البلوغ ، فلا يخلو : إما أن يتقدمه تصرف ، أو إقرار بحرية أولا .

فإن لم يتقدم إقراره تصرف ولا إقرار بحرية ، بل أقَرَّ بالرق — جواباً أو ابتداء — وصدقه المقر له . فالصحيح من المذهب : أنه لايقبل إقراره بالرق والحالة هذه . صححه المصنف فى المغنى . وحكاه القاضى وجهاً .

وقطع صاحب المحرر بأنه يقبل قوله . واختاره فى التلخيص . ومال إليه الحارثى ، وقدمه ابن رزين فى شرحه . وأطلقهما فى الشرح .

وإن تقدم إقرارَه بالرق تصرف ببيع ، أو شراء ، أو نكاح ، أو إصداق ونحوه : فهذا لا يقبل إقراره بالرق . على الصحيح من المذهب . وعليه الأكثر . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وعنه : يقبل . اختاره ابن عقيل فى التذكرة .

وقال القاضى : يقبل فيما عليه . رواية واحدة .

وهل يقبل فى غيره ؟ على روايتين .

قال الحارثى : وحكى أبو الخطاب فى كتابه ، والسامرى عن القاضى : اختصاص الروايتين بما تضمن حقا له . أما ما تضمن حقا عليه : فيقبل . رواية واحدة .

قال : وحكاه المصنف هنا مطلقاً عنه .

وإن تقدم إقراره بالحرية ، ثم أقر بالرق : لم يقبل قوله . قولا واحداً .

ولو أقر بالرق لزيد ، فلم يصدقه : بطل إقراره .

ثم إن أقر لعمرو — وقلنا : بقبول الإقرار فى أصل المسألة — ففى قبوله له وجهان . وأطلقهما الحارثى ، والفروع . وذكرهما القاضى وغيره .

أحدهما : يقبل . اختاره المصنف وغيره .

والثانى : لايقبل .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : إِنِّى كافِرٌ ، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ . وَحُكْمُهُ حُكْمُ المُرْتَدِّ ﴾

إذا بلغ اللقيط سنا يصح منه الإسلام والردة فيه ــ على ما يأتى فى باب الردة ــ فنطق بالإسلام : فهو مسلم . ثم إن قال : إنى كافر . فهو مرتد بلا نزاع .

وإن حكمنا بإسلامه ، تبعاً للدار و بلغ . وقال : إنى كافر ــ وهى مسألة المصنف ــ لم يقبل . قوله وحكمه حكم المرتد . وهو الصحيح من المذهب .

قال الحارثى : هذا الصحيح . وجزم به فى الوجيز . وغيره . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والمحرر ، والرعايتين ، والفروع ، والفائق ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

والوجه الثانى : يُقَرُّ على ماقاله القاضى ، قال : إلا أن يكون قد نطق بالإسلام وهو يعقله .

قال المصنف ، والشارح : وهو وجه بعيد .

فعلى هذا الوجه : قال القاضى ، وأبو الخطاب وغيرهما : إن وصف كفراً يقر عليه بالجزية : عقدت له الذمة . وأقر فى الدار . وإن لم يبدلها ، أو كان كفراً لايقر عليه : ألحق بمأمَنِه .

قال فى المغنى : وهو بعيد جداً .

قوله ﴿ وَإِنْ أَقَرَّ إِنْسَانٌ أَنَّهُ وَلَدُهُ : أُلحِقَ بِهِ ، مُسْلِماً كَانَ أَوْ كَافِراً رَجُلاً كَانَ أَوِ امْرَأَةً ، حَيًّا كَانَ اللّقِيطُ أَوْ مَيْتًا ﴾ .

إذا أقر به حر مسلم ، يمكن كونه منه : لحق به بلا نزاع . ونص عليه فى رواية جماعة .

و إن أقر به ذمى : ألحق به نسباً . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . وهو داخل فى عموم نص الإمام أحمد رحمه الله .

وقيل : لا يلحق به أيضاً فى النسب . ذكره فى الرعاية .

إذا علمت ذلك : فلا يلحقه فى الدين بلا نزاع ، على ما يأتى فى كلام المصنف .

و يأتى حكم نفقته فى النفقات .

قال القاضى ، وغيره : و إذا بلغ ، فوصف الإسلام : حكمنا بأنه لم يزل مسلماً .

و إن وصف الكفر ، فهل يقر ؟ فيه الوجهان المذكوران فى المسألة التى قبلها .

قوله ﴿ وَلاَ يَتْبَعُ الْكَافِرَ فِى دِينِهِ إِلاَّ أَنْ يُقِيمُ بَيِّنَةً : أَنَّه وُلِدَ عَلَى فِرَاشِهِ ﴾ .

هذا المذهب . وجزم به فى الوجيز وغيره .

قال الشارح : هذا قول بعض أصحابنا . وقياس المذهب : لا يلحقه فى الدين ، إلا أن تشهد البينة : أنه ولد بين كافرين حيين . لأن الطفل يحكم بإسلامه بإسلام أحد أبو يه . أو موته . انتهى .

قال الحارثى ، قال الأصحاب : إن أقام الذمى بينة بولادته على فراشه : لحقه فى الدين أيضاً . لثبوت أنه ولد بين ذميين . فكما لو لم يكن لقيطاً .

وهذا مقيد باستمرار أبو يه على الحياة والكفر . وقد أشار إليه فى الكافى . لأن أحدهما لو مات أو أسلم لحكم بإسلام الطفل . فلا بد فيما قالوا من ذلك . انتهى .

﴿ و إنْ أَقَرَّتْ به امرأةٌ أُلْحِقَ بها ﴾ .

هذا المذهب ، وعليه الأصحاب .

قال الحارثى : هذا المذهب عند الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

فعلى هذا ، قال الأصحاب : لا يسرى اللحاق إلى الزوج ، بدون تصديقه ، أو قيام بينة بولادته على فراشه .

وعنه : لا يلحق بامرأة من وجه .

وعنه : لا يلحق بامرأة لها نسب معروف أو إخوة .

وقيل : لا يلحق بامرأة بحال . وهو احتمال للمصنف . وحكاه ابن المنذر إجماعاً .

تنبيه :شمل كلام المصنف : لو أقر به عبد أنه يلحق به . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

قال الحارثى : استلحاق العبد كاستلحاق الحر فى لحاق النسب . قاله الأصحاب انتهى .

ولا تجب نفقته عليه ، ولا على سيده . لأنه محكوم بحريته . وتكون نفقته من بيت المال .

تنبيه آخر : شمل قوله « أو امرأة » لو أقرت أمة به . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

قال الحارثى : والأمة كالحرة فى دعوى النسب ، على ماذكرنا . قاله الأصحاب .

إلا أن الولد لا يحكم برقه بدون بينة . حكاه المصنف . ونص عليه من رواية ابن مشيش .

فوائد

إحداها : المجنون كالطفل إذا أمكن أن يكون منه ، وكان مجهول النسب

الثانية : كل من ثبت لحاقه بالاستلحاق ، لو بلغ وأنكر : لم يلتفت إليه . قاله الأصحاب . نقله الحارثى .

ويأتى حكم الإرث فى باب الإقرار بمشارك فى الميراث ، وكتاب الإقرار .

الثالثة : لو ادعى أجنبى نسبه : ثبت ، مع بقاء ملك سيده ، ولو مع بينة بنسبه .

قال فى الترغيب ، وغيره : إلا أن يكون مدعيه امرأة . فتثبت حريته . وإن كان رجلا عربياً فروايتان . وفى مميز : وجهان .

أحدهما : صحة إسلامه . واقتصر على ذلك فى الفروع .

تنبيه : ظاهر قوله ﴿ وَإِنِ ادَّعَاهُ اثْنَانِ أَوْ أَكْثَرُ ، لِأَحَدِهِمْ بَيِّنَةٌ : قُدِّمَ بِهَا . فإِنْ تَسَاوَوْا فِي بَيِّنَةٍ ، أَوْ عَدَمِهَا : عُرِضَ مَعَهُمَا عَلَى القَافَةِ ، أَوْ مَعَ أَقَارِبِهِمَا وَإِنْ مَاتَا ﴾ :

سماع دعوى الكافر ، ولو لم يكن له بينة ، وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

وفى الإرشاد وجه : لاتسمع دعوى الكافر بلا بينة .

وقال فى التلخيص : إن كان لأحدهما يدٌ غير يد الالتقاط ـ وكان قد سبق استلحاقه ـ فإنه يقدم على مستلحقه من بعد .

وإن لم يسمع استلحاقه إلا عند دعوى الثانى : فنى تقديمه بمجرد اليد احتمالان . انتهى .

فائدتان

إحداهما : لو كان فى يد أحدهما ، وأقام كل واحد منهما بينة : قدمت بينة الخارج . على الصحيح من المذهب ، والروايتين . وتقدم ذلك أيضاً .

ويأتى فى الدعاوى والبينات .

الثانية : لو كان فى يد امرأة : قدمت على امرأة ادعته بلابينة . على الصحيح من المذهب . وتقدم التنبيه على ماهو أعم من ذلك .

تنبيه : قوله « عرض معهما على القافة أو مع أقاربهما إن ماتا » .

وذلك : مثل الأخ والأخت والعمة والخالة وأولادهم .

تنبيه : ظاهر قوله ﴿ فَإِنْ أَلْحَقَتْهُ بِأَحَدِهِمَا : لَحِقَ بِهِ ﴾ :

أنهـا لو توقفت فى إلحاقه بأحدهما ، ونفته عن الآخر : أنه لا يلحق بالذى

توقفت فيه . وهو صحيح . وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب . وهو المذهب . وظاهر ماقدمه فى الفروع .

وقال فى المحرر : يلحق به . وتبعه جماعة .

قوله ﴿ وَإِنِ ادَّعَاهُ أَكْثَرُ مِنْ اثْنَيْنِ فَأُلْحِقَ بِهِمْ : لَحِقَ بهم ، وَإِنْ كَثُرُوا ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . ونص عليه فى رواية جماعة .

قال فى الفائق : اختاره القاضي .

وجزم به فى الوجيز ، ونظم المفردات . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى . ونصروه ، والمحرر ، والفروع .

وهو من مفردات المذهب . قاله ناظمها .

وقال الحارثى : وقال أبو حنيفة ، والثورى : يلحق بأكثر من اثنين . لكن عنده : لايلحق بأكثر من خمسة .

وقال ابن حامد : لا يلحق بأكثر من اثنين .

وعنه يلحق بثلاثة فقط . نص عليه فى رواية مهنا . واختاره القاضى وغيره .

وذكر فى المستوعب وجها : أنهم إذا ألحقوه بأكثر من ثلاثة لايلحق بواحد منهم . لظهور خطئهم .

فائدة : يرث كل من لحق به ميراث ولد كامل ، ويرثونه ميراث أب واحد . ولهذا لو أُوصِى له : قبلوا له جميعاً . ليحصل له .

وإن مات وخلف أحدهم فله ميراث أب كامل . لأن نسبه كامل من الميت . نص عليه .

ولأُمَّيْ أبويه اللذين لحق بهما مع أم أم : نصف السدس ، ولأم الأم نصفه .

قلت : فيعايى بها .

فائدة أخرى : امرأة ولدت ذكراً ، وأخرى أنثى ، وادعت كل واحدة : أن الذكر ولدها دون الأنثى . فقال فى المغنى ، والشرح : يحتمل وجهين .

أحدهما : العرض على القافة مع الوالدين .

قال الحارثى قلت : وهذا المذهب على مامر من نصه من رواية ابن الحكم .

والوجه الثانى : عرض لبنها على أهل الطب والمعرفة . فإن لبن الذكر يخالف لبن الأنثى فى طبعه وزنته .

وقيل : لبن الذكر ثقيل ، ولبن الأنثى خفيف . فيعتبران بطبعهما وزنتهما ، وما يختلفان به عند أهل المعرفة .

قال الحارثى : وهذا الاعتبار إن كان مطردا فى العادة غير مختلف : فهو إن شاء الله أظهر من الأول . فإن أصول السنة قد تخفى على القائف .

قال فى المغنى : فإن لم يوجد قافة : اعتبر باللبن خاصة .

و إن كان الولدان ذكرين أو أنثيين ، وادعتا أحدهما : تعين العرض على القافة

قوله ﴿ وَإِنْ نَفَتْهُ القَافَةُ عَنْهُمْ ، أَوْ أَشْكَلَ عَلَيْهِمْ ، أَوَلَمْ يُوجَدْ قَافَةٌ ﴾ أو اختلف قائفان ﴿ ضَاعَ نَسَبُهُ فِى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ﴾ .

وهو المذهب . نص عليه فى المسألة الأولى . وجزم به فى العمدة ، والوجيز . واختاره أبو بكر .

قال المصنف : قول أبى بكر أقرب .

قال الحارثى : وهو الأشبه بالمذهب . وقدمه فى الفروع .

وفى الآخر : يترك حتى يبلغ ، فينتسب إلى من شاء منهم .

قال القاضى : وقد أومأ إليه الإمام أحمد رحمه الله .

واختاره ابن حامد . وقطع به فى العمدة والتلخيص . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق .

قال الحارثى : ويحتمل أن يقبل من مميز أيضاً . تفريعاً على وصيته وطلاقه . وعلى قبول شهادته . على رواية . والمذهب خلافه .

وذكر ابن عقيل وغيره : هو لمن يميل بطبعه إليه . لأن الفرع يميل إلى الأصل . لكن بشرط أن لا يتقدمه إحسان .

وقيل : يلحق بهما . اختاره فى المحرر .

ونقل ابن هانىء : يخير بينهما ، ولم يذكر قافة .

وعنه : يقرع بينهما . فيلحق نسبه بالقرعة .

وذكرها فى المغنى فى كتاب الفرائض . نقله عنه فى القواعد .

فوائد

منها : ـ على قول ابن حامد ومن تابعه ـ : لو ألحقته القافة ـ بعد انتسابه ـ بغير من انتسب إليه : بطل انتسابه .

ومنها : ليس له الانتساب بالتشهى . بل بالميل الطبيعى الذى تثيره الولادة .

ومنها : يستقر نسبه بالانتساب . فلو انتسب إلى أحدهما ، ثم عَنَّ له الانتساب إلى الثانى ، أو الانتفاء من الأول : لم يقبل .

ومنها : لو انتسب إليهما جميعاً لميله : لحق بهما . قاله الحارثى وغيره .

ومنها : لو بلغ ولم ينتسب إلى واحد منهما ، لعدم ميله : ضاع نسبه . لانتفاء دليله . ولو انتسب إلى من عداهما ، وادعاه ذلك المنتسب إليه : لحقه .

ومنها : وجوب النفقة . مدة الانتظار عليهما ، لإقراره بموجبها ، وهو الولادة . وكذلك فى مدة انتظار البينة ، أو القافة .

تنبيه : قوله ﴿أو لم يوجد قافة﴾ حقيقة العدم : العدم الكلى . فلو وجدت بعيدة . ذهبوا إليها .

ومنها : لو قتله من ادعياه ، قبل أن يلحق بواحد منهما : فلا قود على واحد

منهما . ولو رجعا ، لعدم قبوله . ولو رجع أحدهما : انتفى عنه . وهو كشريك الأب على مايأتى فى آخر كتاب الجنايات .

قوله ﴿ وَكَذَلِكَ الحُكْمُ : إِنْ وَطِئَ اثْنَانِ امْرَأَةً بِشُبْهَةٍ ، أَوْ جَارِيَةً مُشْتَرَكَةً بَيْنَهُمَا فِى طُهْرٍ وَاحِدٍ ، أَوْ وُطِئَتْ زَوْجَةُ رَجُلٍ ، أَوْ أُمُّ وَلَدِهِ بِشُبْهَةٍ ، وَأَتَتْ بِوَلَدٍ يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ مِنْهُ . فَادَّعَى الزَّوْجُ أَنَّهُ مِنَ الوَاطِئِ : أُرِىَ القَافَةَ مَعَهُمَا ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

وسواء ادعياه أو جحداه أو أحدهما . ذكره القاضى وغيره .

وشرط أبو الخطاب فى وطء الزوجة : أن يدعى الزوج أنه من الشبهة .

فعلى قوله : إن ادعاه لنفسه : اختص به لقوة جانبه .

وفى الانتصار : رواية مثل ذلك .

ونقل أبو الحارث ــ فى امرأة رجل غُصِبت ، فولدت عنده . ثم رجعت إلى زوجها كيف يكون الولد للفراش فى مثل هذا ؟ ــ إنما يكون له إذا ادعاه . وهذا لا يدعيه ، فلا يلزمه .

وقيل : إن عدمت القافة : فهو لرب الفراش .

ويأتى فى آخر اللعان : هل للزوج ، أو للسيد نفيه ، إذا ألحق به ، أو بهما ؟

قوله ﴿ وَلاَ يُقْبَلُ قَوْلُ القَائِفِ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ ذَكَرًا عَدْلاً مُجَرَّبًا فِى الإِصَابَةِ ﴾ .

يشترط فى القائف : أن يكون عدلا مجربا فى الإصابة . بلا نزاع .

ومعنى كونه عدلا مجربا فى الإصابة ــ على ماقاله القاضى ومن تابعه ــ بأن يترك الصبى بين عشرة رجال من غيرمن يدعيه ، ويريهم إياه . فإن ألحقه بواحد

منهم : سقط قوله لتبين خطئه . و إن لم يلحقه بواحد منهم : أريناه إياه مع عشرين فيهم مدعيه . فإن ألحقه به : لحقه .

ولو اعتبر بأن يرى صبياً معروف النسب مع قوم فيهم أبوه أو أخوه . فإن ألحقه بقريبه : عرفت إصابته . و إن ألحقه بغيره سقط قوله : جاز .

وهذه التجربة عند عرضه على القافة للاحتياط فى معرفة إصابته . ولو لم نُجَرِّبه بعد أن يكون مشهوراً بالإصابة ، وصحة المعرفة فى مرات كثيرة : جاز .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف : أنه لا يشترط حرية القائف . وهو المذهب . وهو ظاهر كلامه فى الكافى ، والوجيز ، والمنور ، والهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، وغيرهم .

ذكروه فيما يلحق من النسب . وقدمه فى الفروع .

قال الحارثى : وهذا أصح .

وقيل : تشترط حريته .

وجزم به القاضى ، وصاحب المستوعب ، والمصنف ، والشارح . وذكره فى الترغيب عن الأصحاب .

قال فى القواعد الأصولية : الأكثرون على أنه كحاكم . فتشترط حريته . وقدمه فى الرعاية الكبرى ، والحاوى الصغير .

وأطلقهما فى المحرر ، والنظم ، والرعاية الصغرى ، والفائق ، والزركشى .

فعلى الأول : يكون بمنزلة الشاهد . وعلى الثانى : يكون بمنزلة الحاكم .

وجزم فى الترغيب : أنه تعتبر فيه شروط الشهادة .

فوائد

الأولى : يكفى قائف واحد . على الصحيح من المذهب . نص عليه فى رواية أبى طالب ، و إسماعيل بن سعيد .

واختاره القاضى ، وصاحب المستوعب . وصححه فى النظم .

وقدمه فى الرعايتين ، والفروع ، والحاوى الصغير .

وعنه : يشترط اثنان . نص عليه فى رواية محمد بن داود المصيصى ، والأثرم ، وجعفر بن محمد .

وقدمه فى الفائق ، وشرح ابن رزين .

وأطلقهما فى القواعد الأصولية ، والحارثى فى شرحه ، وَالكافى ، والزركشى

وظاهر الشرح : الإطلاق .

وخرج الحارثى الاكتفاء بقائف واحد عند العدم من نصه على الاكتفاء بالطبيب والبيطار ، إذا لم يوجد سواه ، وأولى . فإن القائف أعز وجوداً منهما .

تنبيه : هذا الخلاف مبنى ـ عند كثير من الأصحاب ـ على أنه : هل هو شاهد أو حاكم ؟

فإن قلنا : هو شاهد : اعتبرنا العدد . و إن قلنا : هو حاكم : فلا .

وقال جماعة من الأصحاب : ليس الخلاف مبنياً على ذلك . بل الخلاف جارٍ ، سواء قلنا : القائف حاكم أو شاهد . لأنا إن قلنا : هو حاكم . فلا يمتنع التعدد فى الحكم ، كما يعتبر حاكمان فى جزاء الصيد .

و إن قلنا : شاهد . فلا تمتنع شهادة الواحد ، كما فى المرأة . حيث قبلنا شهادتها وشهادة الطبيب ، والبيطار .

وقالت طائفة من الأصحاب : هذا الخلاف مبنى على أنه شاهد ، أو مخبر .

فإن جعلناه شاهداً : اعتبرنا التعدد . و إن جعلناه مخبراً : لم نعتبر التعدد ، كالخبر فى الأمور الدينية .

الثانية : القائف كالحاكم . عند أكثر الأصحاب . قاله فى القواعد الأصولية ، والحارثى . وقطع به فى الكافى .

وقيل : هو كالشاهد . وهو الصحيح على ما تقدم .

وأكثر مسائل القائف مبنية على هذا الخلاف .

الثالثة : هل يشترط لفظ « الشهادة » من القائف ؟

قال فى الفروع ـ بعد القول باعتبار الاثنين ـ : و يعتبر منهما لفظ « الشهادة » نص عليه . وكذا قال فى الفائق .

قال فى القواعد الأصولية : وفيه نظر . إذ من أصلنا قبول شهادة الواحد فى مواضع .

وعلى المذهب : يعتبر لفظ الشهادة . انتهى .

قلت : فى تنظيره نظر . لأن من نقل عن الأصحاب ـ كصاحب الفروع ، وغيره ـ إنما نقلوا ذلك عن الإمام أحمد رحمه الله .

وقد روى الأثرم أنه قال : لايقبل قول واحد ، حتى يجتمع اثنان . فيكونا شاهدين .

و إذا شهد اثنان من القافة ، أنه لهذا : فهو له .

وكذا قال فى رواية محمد بن داود المصيصى .

فالذى نقل ذلك قال : يعتبر من الاثنين لفظ « الشهادة » وهو موافق للنص ولا يلزم من ذلك أنه لا يعتبر لفظ « الشهادة » فى الواحد . ولا عدمه .

غايته : أنه اقتصر على النص . فلا اعتراض عليه فى ذلك .

وقال فى الانتصار : لايعتبر لفظ « الشهادة » ولو كانا اثنين ، كما فى المقومين .

الرابعة : لو عارض قولُ اثنين قول ثلاثة فأكثر . أو تعارض اثنان : سقط الكل .

و إن اتفق اثنان ، وخالف ثالث : أخذ بقول الاثنين . نص عليه ، ولو رجعا .

فإن رجع أحدهما : لحق بالآخر .

قال فى المنتخب : ومثله بيطاران ، وطبيبان ، فى عيب .

الخامسة : يعمل بالقافة فى غير بنوة ، كأخوة وعمومة ، عند أصحابنا .

وعند أبى الخطاب : لايعمل بها فى غير البنوة . كإخبار راع بشَبَه .

وقال فى عيون المسائل ، فى التفرقة بين الولد والفصيل : لأنا وقفنا على مورد الشرع ، ولتأكد النسب ، لثبوته مع السكوت .

السادسة : نفقة المولود على الواطئين . فإذا لحق بأحدهما : رجع على الآخر بنفقته .

ونقل صالح ، وحنبل : أرى القرعة والحكم بها .

يروى عنه — عليه أفضل الصلاة والسلام — « أنه أقرع فى خمس مواضع . فذكر منها : إقراع علي رضى الله عنه فى الولد بين الثلاثة الذين وقعوا على الأمة فى طهر واحد » ولم ير هذا فى رواية الجماعة . لاضطرابه .

وقال ابن القيم رحمه الله ، فى الهدى : القرعة تستعمل عند فقدان مرجح سواها : من بينة ، أو إقرار ، أو قافة .

قال : وليس ببعيد تعيين المستحق فى هذه الحال بالقرعة . لأنها غاية المقدور عليه من ترجيح الدعوى . ولها دخول فى دعوى الأملاك التى لاتثبت بقرينة ، ولا أمارة . فدخولها فى النسب الذى يثبت بمجرد الشبه الخفى المستند إلى قول قائف : أولى .

قد تم — بحمد الله تعالى وحسن توفيقه — طبع الجزء السادس من كتاب الإنصاف وتصحيحه جهد الطاقة . بمطبعة السنة المحمدية على نسخة بخط المصنف وكان الفراغ من ذلك فى اليوم الرابع عشر من شهر شعبان سنة ١٣٧٦ هجرية الموافق لليوم السادس عشر من شهر مارس سنة ١٩٥٧ ميلادية .

ويليه — إن شاء الله تعالى — الجزء السابع . وأوله « كتاب الوقف » والله الموفق والمعين على الإتمام لطبع كل الكتاب . ولا حول ولا قوة إلا بالله . وصلى الله وسلم وبارك على خاتم المرسلين وإمام المهتدين عبد الله الكريم ورسوله الأمين محمد ، وعلى آله أجمعين .

وكتبه فقير عفو الله ورحمته

محمد حامد الفقى

فهرس

الجزء السادس من الإنصاف

١٢١ كتاب الغصب

٢٥٠ كتاب الشفعة

٣١٦ باب الوديعة